



Zeitschrift

für

geschichtliche

Rechtswissenschaft,

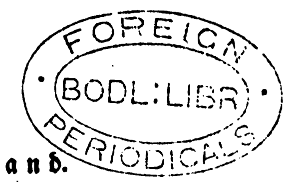
herausgegeben

von

F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn

und

A. A. F. Rudorff.



Vierzehnter Band.

Berlin,
in der Nicolaischen Buchhandlung.
1848.

Inhalt des vierzehnten Bandes.

Heft 1.

Heft 2.

Heft 3.

I.

Ueber die schriftliche Eidesleistung.

Von

Herrn Geheimen Justizrath und Professor D. Blume

in Bonn.

I.

Was in neuester Zeit über die schriftlichen Eidesleistungen gesagt worden ist, kann den Vorwurf der Dürftigkeit nicht von sich ablehnen. Es giebt Bücher, in denen man auf eine umständliche Erörterung aller Eidesformeln rechnen durfte, und dennoch den schriftlichen Eid kaum oder gar nicht erwähnt findet[1]; und wenn auch für Einige die ganze Frage durch die Voraussetzung hinwegfällt, daß Mündlichkeit schon zu dem Wesen des Eides gehöre[2], so ist doch andererseits wieder eben so

1) Iac. Frid. Ludovici diss. de solennibus iuramentorum. Hal. 1702. 4. — Naevii tract. de iuramentis. Vitemb. 1710. 4. cap. 1. — Stäudlin Geschichte der Vorstellungen und Lehren vom Eide. 1824. — Leue die Natur des Eides. 1836. S. 170—174.

2) Göschel über den Eid S. 183., 189., 190., 208.; vergl. Grimm deutsche Rechtsalterthümer S. 893., 903. Schon in

allgemein behauptet worden, daß bei einem minder feierlichen Eide die schriftliche Unterzeichnung der Eidesformel eben so wirksam sey, als das Aussprechen derselben [3]).

Diese letzte Behauptung wird jedoch vor Allem einer vorsichtigeren Begränzung bedürfen; dafür spricht nicht nur, daß man in früherer Zeit die Zulassung schriftlicher Eide stets an besondere Bedingungen geknüpft hat; schon die Natur der Sache scheint gewisse Einschränkungen dieser Art zu fordern. Die besonderen rechtlichen Wirkungen des Eides beruhen auf der gesteigerten, der Ewigkeit zugewendeten Gemüthsstimmung, die, bei dem Schwörenden vorausgesetzt, als Bürgschaft seiner Aufrichtigkeit angenommen wird [4]). Wahrnehmbar ist aber diese Gemüthsstimmung doch eigentlich nur bei dem mündlichen Eide, wo der Schwur und der Schwörende gleichsam noch in ungetrennter lebendiger Verbindung erschei-

---

Lyncker's diss. de iurisiurandi inualiditäte (Ienae 1688, und im zweiten Theil der Senkenbergischen Ausgabe von Zanger de exceptionibus, Francof. 1723. 4.) cap. 2. §. 14. findet sich dieselbe Ansicht.

3) Mehlen Anleitung zur gerichtlichen Praxis, Th. I. 1809. S. 392. — Eichhorn Kirchenrecht Th. II, S. 546. — Scheinbar könnte schon bei Stryk (usus mod. pandect. XII., 2. §. 13.) dieselbe Ansicht gefunden werden; hier aber darf der wesentliche Unterschied nicht übersehen werden, daß nur von einer Gleichstellung „quoad uinculum conscientiae" die Rede ist.

4) Wie das kanonische Recht die Veritas in mente schon zum Wesen des Eides rechnet, ebenso auch schon die altrömische, noch von Justinian einmal wiederholte Formel: ex animi sententia iurare (const. 2. §. 2. de iure iurando pr. calumn. 2., 59.), vgl. Cuiacii obss. I., 21. Falck in den Eranien zum deutschen Recht, Lieferung II. 1826. S. 90—109.

nen; nicht so bei der leblos gewordenen Eidesformel, die erst, nachdem sie geschrieben, in die Hand des Lesers übergeht. Auch im günstigsten Falle war sie langsamer vollendet, als der gesprochene Eid; ja die Einheit des Actes konnte völlig zerrissen seyn, wenn sie früher, wohl gar von Anderen aufgesetzt als unterschrieben wurde: man konnte sich verschrieben oder auch unterschrieben haben, was man nicht gelesen, was man falsch gelesen hatte; selbst die vollendete Urkunde konnte noch zurückgelegt und durch ein bloßes Versehen in fremde Hände gerathen seyn. Die praktischen Verwickelungen, die daraus entstehen können, sind unserem Geschäftsleben nicht unbekannt; Stoff genug zu leidlichen Parodien auf den berüchtigten Vers des Euripides:

„Die Zunge schwur, doch unbeeidigt ist der Sinn."

II.

Sehen wir nun aber zunächst auf das römische Recht, so finden wir in den Pandekten nur ein einziges Zeugniß über die Anwendung des schriftlichen Eides; es ist von Modestin, der den falschen Versicherungseid in einem Pfandbriefe als periurium bezeichnet, und die Strafen des Stellionats darauf anwendet [5]).

Aus derselben Zeit stammt auch die älteste Andeu-

5) Fr. 4. Stellionatus (47., 20.): De periurio, si sua pignora esse quis in instrumento iurauit, crimen stellionatus fit, et ideo ad tempus exulat. — Daß in dem fr. 112. §. 4. de Legat. I. (30.) bei den Worten: iusiurandum in testamento scriptum nur an eine letztwillige Eidesauflage zu denken sey, bedarf kaum einer Erwähnung.

tung des schriftlichen Eides im Codex, und zwar eines Versprechungseides. Nach einem Rescript von Alexander Severus (222—235) nämlich soll der Minderjährige gegen Verzichte, die er mit einem körperlichen Eide bekräftigt hat, nicht restituirt werden [6]); dem unkörperlichen Eide also sollte diese Wirkung wohl nicht beigelegt werden. Daß aber das „iuramentum corporaliter praestitum" jeden mündlichen Eid bedeute, das läßt sich nicht bezweifeln, da in der Rechtssprache eines heidnischen Kaisers an körperliche Berührung der Evangelien noch gar nicht gedacht werden konnte. Andere Stellen des Codex dagegen, welche von eidlichen Verzichtleistungen reden [7]), berühren die Form des Eides gar nicht.

In ähnlichem Sinne, wie Alexander Severus, haben auch Diocletian und Maximian, zwischen 294 und 305, der Minderjährigen, die sich mit einem körperlichen Eide für großjährig ausgegeben, alle Restitution dawider abgeschnitten, während ihr im Falle einer ähnlichen schriftlichen Versicherung noch gestattet blieb, ihre Minderjährigkeit durch einen Urkundenbeweis darzuthun [8]). Dabei ist aber die Verschiedenheit der Be-

6) c. 1. Si aduers. uendit. (2, 28.) Si minor annis uiginti quinque emtori praedii cauisti, nullam de cetero te esse controuersiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter praestito seruare confirmasti, neque perfidiae, neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.

7) c. 41., 42. de Transactionibus (2., 4.).

8) c. 3. Si minor se maiorem dix. (2., 43.): . . si tamen in instrumento per sacramenti religionem maiorem te esse as-

zeichnungsweisen sehr charakteristisch; während der erste Fall als sacramentum corporaliter praestitum, als wirklicher Eid bezeichnet wird, helfen die Kaiser sich für den zweiten Fall mit der Umschreibung: „si in instrumento per sacramenti religionem maiorem te esse asseuerasti“.

Dieß sind die einzigen Spuren schriftlicher Eidesleistungen aus dem dritten Jahrhundert unserer Zeitrechnung. Sie sind hinreichend zum Beweise, daß man sich in Privaturkunden mitunter solcher Formeln zu bedienen pflegte; aber sie beweisen zugleich, daß diesen Formeln die rechtlichen Wirkungen des körperlichen Eides keinesweges beigelegt wurden. Die arbiträre Strafe des Stellionats, die den meineidigen Verpfänder treffen sollte, traf ihn in gleicher Weise, wenn er ohne eidliche Versicherung fremdes oder anderweitig verpfändetes Gut betrügerisch zum Pfande gegeben hatte [9]); ohne solche besonderen Nebenumstände sollte, nach einem Rescripte des Alexander Severus, die Bestrafung falscher Eide, selbst der mündlichen, dem göttlichen Richter überlassen werden [10]).

---

seuerasti, non ignorare debes, exclusum tibi esse in integrum restitutionis beneficium, nisi palam et euidenter ex instrumentorum prolatione, non per testium depositiones, te fuisse minorem ostenderis. Huiusmodi autem sacramento corporaliter praestito, nullum tibi superesse auxilium, perspicui iuris est.

9) Fr. 16. §. 1. de Pignor. act. (13., 7.) Paulus: si rem alienam, uel alii pignoratam, uel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamuis et stellionatus crimen committat.

10) c. 2. de Reb. cred. (4., 1.): iurisiurandi contemta re-

Zweifelhaft bleibt auch das noch, ob der in jenen Stellen bezeugte Gebrauch der schriftlichen Eide in allen Theilen des römischen Reichs bekannt war. Bei Modestinus dürften wir zunächst an die östlichen Provinzen denken; wohin die kaiserlichen Rescripte gerichtet waren, das wissen wir freilich nicht.

Aus dem vierten Jahrhunderte, dem ersten der christlichen Kaiser, ja bis zum Jahre 456, hat sich gar kein Zeugniß über den Gebrauch schriftlicher Eidesleistungen erhalten. Doch kann dieser Gebrauch sich namentlich in Privat-Urkunden nicht ganz verloren haben, da Justinian ihn in dieser letzten Anwendung gelegentlich wieder erwähnt, wenn auch abermals nur zu dem Zwecke, um ihm jede juristische Bedeutung abzusprechen [11]).

Im Jahre 456 aber wird in der östlichen Hälfte des Reichs zuerst auch der processualischen Sitte gedacht, die cautio iudicio sisti mittels einer schriftlichen Eidesformel zu leisten. Der Eid allein konnte schon bei dem alten Vadimonium vorkommen, der Prätor selber hatte ihn hier vorgeschrieben [12]); nur

---

ligio satis deum ultorem habet. Vgl. c. 2. Ad leg. iul. maiestat. (9., 2.)

11) c. 16. de Non num. pec. (4., 30.): Indubitati iuris est, non numeratae pecuniae exceptionem locum habere et in talibus nominibus, uel foeneratitiis et aliis cautionibus, quae etiam sacramenti habent mentionem. Quae enim differentia est in huiusmodi exceptione, siue iusiurandum positum est siue non, tam in foeneratitiis cautionibus, quam in aliis instrumentis, quae talem exceptionem recipiunt?

12) Gaius, institt. IV., 184.: Qui autem in ius uocatus fuerit . . . ni eo die finiuerit negotium, uadimonium ei facien-

die Fälle seiner Anwendung kennen wir nicht, und von dem Gebrauche schriftlicher Proceß-Cautionen findet sich wenigstens im Abendlande vor dem Edict des Theodorich [13]) keine ausdrückliche Erwähnung. Daß die Grundbesitzer, die von der Bürgenstellung bei jener Caution befreit waren [14]), eidliche oder schriftliche Sicherheit hatten leisten müssen, ist nicht einmal wahrscheinlich, denn diese besondern Formen wären wohl nicht ganz unerwähnt geblieben, wenn man mehr als ein uadimonium purum von den Grundbesitzern verlangt hätte [15]). Der allgemeine Ausdruck cautio, den Macer auch bei den Grundbesitzern braucht, darf ohne einen näher bestimmten Zusatz (emissa, exposita u. dgl.) nicht unbedingt von Cautions-Urkunden verstanden

---

dum est, ut promittat se certo die sisti. 185. Fiunt autem uadimonia ex quibusdam causis pura, id est sine satisdatione, quibusdam cum satisdatione, quibusdam iureiurando, quibusdam recuperatoribus suppositis . . . eaque singula diligenter praetoris edicto significantur. — Paulus, fr. 16. Qui satisdare (2., 8.): Qui iurato promisit, se iudicio sisti, non uidetur peierasse, si ex concessa causa hoc deseruerit.

13) Edictum Theodorici cap. 145.: . . . dummodo tertio quemlibet capillatorum (d. h. Gothorum) fuisse conuentum, aut cautionis ab eodem emissae fides ostendat, aut . . . testium dicta confirment, quibus manifeste clareat, auctoritate pulsatum contempsisse dare responsum, nec uoluisse ad iudicium conuenire. Vgl. cap. 73. eod.

14) Fr. 15. pr. Qui satisd. (2., 8.) Valentiniani III. Nouella 34. de episcopali iudicio (lib. II. tit. 35.) §. 15.

15) Fr. 15. §. 7. Qui satisd. (2., 8.): possessor autem quis, nec ne fuerit, tempus cautionis spectandum est: nam sicut ei, qui post cautionem possessionem uendidit, nihil obest, ita nec prodest ei, qui post cautionem possidere coepit.

werden [16]). Nur so viel dürfen wir unbedenklich zugeben, daß die natürlichen Vortheile einer schriftlichen Proceß-Caution, insofern sie zugleich den Beweis der Contumacia des Beklagten sicherte, auch den Gebrauch derselben veranlaßt und befördert haben werden; der allmählige Uebergang der wahren mündlichen Stipulationen in Stipulations-Urkunden, wie er neuerdings im Einzelnen nachgewiesen worden ist [17]), mag auch auf die Formen der Proceß-Cautionen eingewirkt haben. Dieser Entwickelungsgang erscheint um so natürlicher, wenn wir voraussetzen, daß der Beklagte sich schriftlich zum Empfange der Ladung habe bekennen müssen, seitdem für diese Ladung die Formen der litis denunciatio gebräuchlich wurden [18]).

III.

Was sich von der westlichen Hälfte des römischen Reichs nur vermuthen läßt, das ist für die östliche Hälfte mit ziemlicher Sicherheit nachzuweisen. Die allgemeine Vorliebe der Griechen für schriftliche Geschäftsformen hat ohne Zweifel viel dazu beigetragen, die Einleitung des Processes durch schriftliche Klagen zur Regel zu erheben, wie sie im justinianischen Rechte als solche erscheint. Daran knüpfte sich die Sitte schriftlicher Em-

---

16) Gneist die formellen Verträge des röm. Obligationenrechts. 1845. S. 231—236.

17) Gneist S. 239—241., 243 ff.

18) Vgl. Hollweg Handbuch des Civilprocesses, Bd. I. S. 247—249.

pfangscheine des Beklagten (*ἀντίβιβλοι*) über die gehörige Zustellung der Klage; eine Sitte, welche Justinian freilich erst im J. 537 zur gesetzlichen Verpflichtung erhob [19]). Dieser Empfangschein konnte aber zugleich zur cautio iudicio sisti benutzt werden, wenn man von der Bürgenstellung dispensirt war; eine Nothwendigkeit zweier getrennten Acte wüßte ich wenigstens mir nicht vorzustellen. Freilich erwähnt Justinian die persönliche Sicherheitsleistung (*προσωπικὴ ἐγγύη*) vor dem *ἀντίβιβλος*, aber gewiß nicht in der Absicht, eine chronologische Reihefolge beider Acte festzustellen.

War aber diese schriftliche Form der Proceß-Caution einmal durch Herkommen befestigt, so konnte es bei diesem außergerichtlichen Acte nicht verwehrt seyn, auch noch eine Eidesformel in die Urkunde einzuschalten, um die Sicherheit des Klägers wenigstens so weit zu erhöhen, als es ohne Bürgen und Pfänder möglich war; ja wir müssen annehmen, daß dieß selbst durch kaiserliche Edicte den Grundbesitzern zur Pflicht gemacht worden sey [20]).

---

19) Nou. 53. c 3. §. 2.: *ὑπογράφειν τῷ καλουμένῳ ἀντιβίβλῳ, δηλοῦντα καὶ τὸν χρόνον καθ᾽ ὃν αὐτῷ τὸ βιβλίον ἐπιδίδοται, ἵνα μὴ καὶ περὶ τοῦτο τέχνη τὶς γένηται.* Vgl. Cuiacii expos. nouellar. ad h. l. — Das Wort *ἀντιβίβλος* ist in der Vulgata durch libellus responsionis übersetzt worden; daß aber auch die contradictorii libelli, welche schon von Arcadius und Honorius im J. 400 erwähnt werden (const. un. de His qui potent. nom. 2., 15.), und die cautio emissa in dem vorhin mitgetheilten cap. 145. des Edictum Theodorici, nichts weiter als solche Empfangscheine bedeuten, das möchte ich nicht so entschieden annehmen, als es in Hollweg's Civilproceß Bd. I. S. 256. geschehen ist.

20) Const. 8. de Princ. agent. in reb. (12., 22.): Zeno

Eine wiederholte Bestätigung dieser Verbindlichkeit durch Justinian, vom J. 530, hat sich wenigstens in den Basiliken erhalten [21]).

Eben diese Sitte ist es nun, welche schon im Jahre 456 von Marcian erwähnt wird, aber nur um ihre Anwendung auf Geistliche zu verbieten [22]); wie denn auch später, im J. 469, Leo und Anthemius den Geistlichen die Bürgenstellung abermals erlassen haben, ohne der eidlichen Caution irgend zu gedenken [23]).

Andererseits haben aber die byzantinischen Kaiser jene privilegirte Form auch noch auf einzelne Fälle angewendet, in welchen es keines Grundbesitzes bedürfen sollte: namentlich zu Gunsten der meisten Hofbeamten [24]), fer-

---

a. 484.: ita uidelicet, ut pro tenore generalium edictorum hi qui uel in sacratissima urbe, uel in prouinciis immobiles possideant facultates, adiuratoriae cautioni et substantiae suae credantur.

21) Const. 4. §. 1. de Sportulis (3., 2.) aus den Basiliken VII., 6., 20.: *εἰ μὲν ἀκίνητον κτῆσιν ἔχουσιν, ἐξωμοσίας ἐκτιθέσθωσαν γραμματεῖον, εἰ δὲ οὐκ ἔχουσιν, ἐγγυητὴν . . . παρεχέτωσαν.*

22) Const. 25. §. 1. de Episcopis (1., 3.): clericus lite pulsatus det executori . . . cautionem suam, cui nullum tamen insertum erit iusiurandum, quia ecclesiasticis regulis . . . clerici iurare prohibentur.

23) Const. 33. §. 3. eod.: nulla praebendi fideiussores molestentur iniuria: sed aut uicariis fideiussionibus contradantur, quas tamen stipulationum sollemnis cautela uallauerit, aut cautioni et professioni propriae, aut facultatum suarum obligationibus committantur. — Was mit den uicariae fideiussiones in Stipulationsform gemeint war, bekenne ich nicht mit Sicherheit erklären zu können; für contradantur haben einige Handschriften credantur.

24) Zuerst durch Leo und Zeno (472 — 474) der castrensiani und ministeriani; dann, durch Zeno allein (474—491) der

ner der Staatsbeamten, insofern sie in den ersten funfzig Tagen nach niedergelegtem Amte für ihre Amtsführung haften sollten [25]), endlich zu Gunsten aller uiri illustres. Diese letzte Bestimmung des Kaiser Zeno, von ungewissem Datum, ist besonders deßhalb wichtig, weil sie ausdrücklich von schriftlichen Eidesformeln redet [26]), während in den übrigen Stellen nur allgemein von einem „iuratoriae (adiuratoriae) cautioni committi" gesprochen wird.

IV.

Nach dem Bisherigen war also der Gebrauch schriftlicher Eidesleistungen mit bestimmter rechtlicher Wirksamkeit einer dreifachen Beschränkung unterworfen: er findet sich nur im oströmischen Reiche, nur bei der cautio iudicio sisti, und auch hier nur als speciel-

---

scholares; endlich durch Anastasius (491—518) der memoriales. Const. 4. §. 4. de Castrensianis (12., 16.). Const. 3. §. 3. de Priuileg. scholar. (12., 30.). C. 12. pr. de Proxim. sacr. scrin. (12., 19.).

25) Const. 1. pr. Ut omnes iudices (1., 49.), von Zeno.

26) Const. 17. pr. de Dignitatib. (12, 1.): Quotiens ex priuata cuiuslibet interpellatione ciuili uel criminali uiri illustres conueniendi sunt, nulla dandae fideiussionis concussione uexentur, sed per speciale priuilegium suae committi fidei consequantur, iuratoria ab his cautione tantummodo exponenda. Quamsi neglexerint et contra insertum cautioni sacramentum ipsi uel eorum procuratores abfuerint: in pecuniariis quidem causis super possessione rerum ad eos pertinentium iudex competens, quos iuris auctoritas et rei qualitas suggesserit, ordinabit. In criminalibus uero negotiis dignitate quoque, qua se per suum periurium indignos esse probauerint, spolientur etc.

les Privilegium einzelner Personen. Auf diese Privilegien wird auch in Justinian's Institutionen hingedeutet: sie erwähnen der iuratoria cautio des Beklagten, freilich ohne sie ausdrücklich als schriftliche Eidesleistung zu bezeichnen [27]).

Nach dem Vorbilde dieser Privilegien hat aber Justinian einige andere Fälle geordnet, in welchen die schriftliche Eidesleistung als Nothhülfe, wegen Mangels anderer Sicherheiten, gestattet seyn sollte.

1) Der älteste Fall dieser Art findet sich schon im Codex; wer seine Freiheit gerichtlich vertheidigen mußte, der durfte sich, bei erweislicher Unfähigkeit zur Bürgenstellung, auf die Ausstellung einer eidlichen Caution beschränken [28]).

2) Sodann ist in den Novellen auch dem Kläger die schriftliche Eidesleistung als Nothhülfe gestattet worden. Noch im J. 537 war die Bürgschaft als die ein-

27) §. 2. I. de Satisdat. (2., 11.) Sed haec hodie aliter obseruantur. Siue enim quis in rem actione conuenitur, siue in personam suo nomine, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur: sed pro sua tantum persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis, uel committitur suae promissioni cum iureiurando, quam iuratoriam cautionem uocant, uel nudam promissionem, uel satisdationem pro qualitate personae suae dare compellitur.

28) Const. 1. §. 2. de Adsert. toll. (7., 17.) Omnes uero qui pro libertate periclitantur, si quidem possint fideiussorem dare, eum exigi: sin uero reuera datio eius impossibilis eis sit, hocque iudici manifeste ostendatur, iuratoriae cautioni committi: scientes quod si post huiusmodi expositionem abfuerint, et edictis citati in absentia nihilominus per annum durauerint, omnimodo seruituti obnoxii erunt.

zig zulässige Form seiner Cautionen für Processkosten und für Fortsetzung des Processes behandelt worden [29]), und auch im J. 539 konnte Justinian's unbestimmterer Ausdruck: „πρὶν ἂν ἀσφάλειαν ἔκθοιντο“ [30]) nur von der Bürgschaft gemeint seyn, weil damals dem Kläger selbst ein mündlicher Eid noch nicht gestattet war. Erst im J. 541 ist er zur eidlichen Caution, und zwar in schriftlicher Form, gelassen worden, falls er zuvor mündlich die Unmöglichkeit einer Bürgenstellung beschwören würde [31]). Dieser merkwürdige Unterschied zwischen dem ersten mündlichen und dem zweiten schriftlichen Eide ist abermals ein klarer Beweis, daß Justinian an eine Gleichstellung beider Formen niemals gedacht hat.

3) Sehr ähnlich lautet eine Bestimmung vom J. 556 über die angeklagten Frauen, welche eidlich versichern würden, keinen Bürgen stellen zu können; auch sie sollen unter dieser Voraussetzung, und wenn nur keine besonders schwere Anklage vorliege, die Untersuchungshaft durch ein eidliches Versprechen, sich dem Criminalprocesse nicht entziehen zu wollen, abwenden dürfen [32]).

---

29) Nov. 53. c. 1. 2.

30) Nov. 96. c. 1. s. unten Note 34.

31) Nov. 112. c. 2. pr. εἰ δὲ εἴποι μὴ εὐπορεῖν ἐγγυητὴν δοῦναι τηνικαῦτα παρὰ τῷ δικαστῇ παρ' ᾧπερ ἡ ὑπόθεσις μέλλει ἐξετάζεσθαι, τῶν ἁγίων εὐαγγελίων προκειμένων, δι' ὅρκου τοῦτο αὐτὸ διαβεβαιώσασθαι, καὶ οὕτως ἐνώμοτον αὐτὸν ἐκτίθεσθαι ὁμολογίαν, καὶ δι' αὐτῆς ἅπερ ἀνωτέρω εἴρηται ὁμολογῆσαι. — Authent. Generaliter, post const. 25. de Episcopis (1., 3.).

32) Nov. 134. c. 9.: εἰ δὲ ὀμόσει μὴ δύνασθαι δοῦναι ἐγγυητὴν, ἐξωμοσίαν ποιήσει περὶ τῆς εἰς τὸ δικαστήριον προσεδρείας.

Aber es ist nicht gesagt, daß dieser zweite Eid auch ein schriftlicher seyn dürfe, und die bloße Aehnlichkeit desselben mit der cautio iudicio sisti scheint mir dafür keinen genügenden Beweis abzugeben. Denn auch im Codex, in einer restituirten Verordnung Justinian's, ist von diesem Eide der Angeklagten beider Geschlechter die Rede, ohne daß dabei auf eine schriftliche Form der Eidesleistung hingedeutet wäre [33]).

Dagegen werden in einem anderen, nicht processualischen Falle die von Justinian gewählten Ausdrücke allerdings wohl von dem schriftlichen zu verstehen seyn. In der 22sten Novelle nämlich, vom J. 536, ist von der lex iulia miscella und von Quintus Mucius Scävola die Rede. Letzterer habe den Grundsatz eingeführt, daß die Wittwe ein Vermächtniß ihres verstorbenen Gatten, welches ihr unter der Bedingung des Wittwenstandes hinterlassen worden, nach Jahresfrist nur gegen besondere Sicherheitsleistung habe erwerben dürfen. Dieß bezeichnet Justinian wiederum mit den Worten: *πρὶν ἂν ἀσφάλειαν ἐκθοῖντο* [34]). Damit hat er gewiß nicht bezeugen wollen, daß schon Scävola gerade eine schriftliche Sicherheit verlangt habe; seine eigene Vorschrift hingegen, daß diese Caution eidlich seyn solle, kann eben so wenig von einem mündlichen

33) Const. 6. §. 3. de Custodia reor. (9., 4.): *δίδοσθαι αὐτὸν ἐπὶ ἐξωμοσίᾳ*, oder nach dem Scholiasten: *ἐξωμοσίᾳ καταπιστευέσθω*.

34) Nou. 22. cap. 43. init., s. oben Note 30.

Eide gemeint seyn, denn er bezeichnet sie mit den Worten: εἰ μὴ διωμοσίαν ἔχθοιτο[35]).

4) Endlich findet sich noch in der 48sten Novelle, vom J. 537, der Eid des Testirers über den Belauf seines Vermögens erwähnt. Daß ein solcher Eid in das Testament mit aufgenommen werden durfte, das lag schon in der Natur der Sache, nach der richtigeren Uebersetzung aber auch in den Worten der Novelle[36]).

Hiemit sind aber auch Justinian's Ausdehnungen der schriftlichen Eidesleistungen geschlossen: in anderen nicht ganz unähnlichen Fällen hat er entweder den mündlichen Eid oder nur ein bloßes einfaches Versprechen gefordert. Jenes bei Erweiterung der Richtereide[37]), der processualischen Calumnieneide[38]) und der Zeugeneide[39]), dieses, als er im J. 542 die Proceßcautionen der Argentarien, als Kläger, erleichtern wollte[40]).

V.

Daß das byzantinische Mittelalter an den überlie-

35) Ibid. cap. 44. §. 2.; vgl. §. 3—5. eod.

36) Nov. 48. c. 1.: εἴπερ ὅρκον ὁ τελευτῶν ὑπόσχοι κατὰ τὰς ἑαυτοῦ διαθήκας. Die Vulgata übersetzt dieß: si quidem iusiurandum moriens praebuerit et iurauerit secundum sua testamenta; die verbesserte Uebersetzung lautet: si defunctus iusiurandum praestitit uel in testamento ... iurauit.

37) Const. 14. de Iudiciis (3., 1.) cfr. const. 13. §. 4. eod. Nouell. 8. c. 14. et append. tit. 3. Nou. 90. c. 9 fi.

38) Const. 2. de Iureiur. pr. cal. (2., 59.). Nou. 90. cit. Nou. 124. c. 1.

39) Nou. 90. c. 9 fi.

40) Edict. Iustin. 7. cap. 5.

ferten Anwendungen des schriftlichen Eides festgehalten habe, das würde aus inneren Gründen wohl zu vermuthen seyn, und einzelne Stellen der Basiliken wie der byzantinischen Juristen beweisen hinreichend, daß ihnen diese Eidesform wenigstens nicht unbekannt war. So ist in der Uebersetzung des fr. 4. Stellionatus von einer ἐπιορκία τοῦ ὀμόσαντος ἐν συμβολαίῳ die Rede [41]); auch in der Uebersetzung der c. 3. Si minor se maiorem dixerit werden beide Formen der Eidesleistung ausdrücklich unterschieden. Aber eben diese letzte Stelle erklärt durch einen besonderen Zusatz, daß nur der mündliche Eid ein wahrer Eid sey [42]). Darum ist denn auch in einer dritten Stelle die besondere Bezeichnung des Eides, als eines körperlichen ganz ausgelassen worden [43]), und in Balsamon's Scholien zum Nomokanon des Photius wird das allgemeine Verbot des Eides für die Geistlichen nur als Verbot des körperlichen Eides bezeichnet, weil er die schriftliche Form nicht mehr als einen wahren Eid betrachtete [44]).

---

41) Basil. LX., 30., 4. Bd. VII. S. 584. der Fabrotschen Ausgabe.

42) Basil. X., 25. 3. Bd. I. S. 675. der Fabrotschen, S. 583. der Heimbachschen Ausgabe: ἐὰν ... ἐν συμβολαίῳ μετὰ ὅρκου διεβεβαιώσω ... ἐὰν μέντοι ὄντως ὁ ὅρκος σωματικῶς ἐδόθη παρὰ σοῦ, τουτέστιν αὐτῇ τῇ ἀληθείᾳ ἐπώμοσας ..

43) Basil. X., 10., 1. in der Uebersetzung der const. 1. Si aduers. uendition. (2., 28.).

44) Balsamonis schol. ad Photii nomocanon tit. IX. c. 27. Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 994. Es wird hier zunächst erwähnt, daß die const. 25. Cod. de Episcopis (1., 3.) nicht in die Basiliken aufgenommen sey, und dann

VI.

Viel entschiedener noch verschwand der schriftliche Eid im Abendlande. Den Germanen war er gänzlich unbekannt [45]), und in den Rechtsquellen der Römischen Kirche wird er eben so wenig erwähnt. Eine Stelle der Capitulariensammlung des Ansegis, welche auch in mehrere Canonensammlungen übergangen ist, erwähnt vier verschiedene Formen der Eidesleistung, nur die schriftliche nicht [46]). Gregor VII. spricht einmal von einer Zusage des Frankenkönigs, welche „iuramento uel fidei obligatione" bestärkt worden sey [47]); aber gerade diese Entgegensetzung beweiset sehr klar, daß das fürstliche Versprechen auf Treu und Glauben nicht als Eid betrachtet wurde. So kann denn auch der öfter vorkommende Ausdruck: „sacramentum catholicae fidei" jedenfalls nur auf mündliche Eide bezogen werden [48]); zweifelhaft

---

hinzugefügt: ζητητέον οὖν εἰ ὀφείλουσιν οἱ ἐπίσκοποι καὶ οἱ κληρικοὶ ὅρκους διδόναι σωματικούς . καὶ νομίζω ὅτι ἐπεὶ τὰ ἀπὸ τῶν κωδικῶν ἐκληφθέντα κεφαλαία καὶ τεθέντα εἰς τὰ βασιλικὰ . . . οὐ μέμνηνται ὅλως ὅρκων, ἐκωλύθη τὸ ὀμνύειν ὅλως ἐπίσκοπον ἢ κληρικὸν . δια γὰρ τοῦτο καὶ ἀντι σωματίκου ὅρκου ἐπενοήθη ἡ ἐγγραφὴ καταθεσέως τόπον ἐπέχουσα, καὶ ἀναπληροῦσα ὅσα ὁ σωματικὸς ὅρκος ποιῆσαι ἔμελλε.

45) Grimm deutsche Rechtsalterthümer S. 893. 903.

46) Ansegisi Capitul. lib. I. c. 61.: . . . ut caueant periurium, non solum in sancto euangelio uel in altari, seu in sanctorum reliquiis, sed et in communi loquela. — Die Canonensammlungen haben den h. Hieronymus zum Autor dieser Stelle gemacht. can. 12. C. 22. qu. 1.

47) Cap. 3. X. de Iureiurando (2., 24.).

48) Ducange glossar. latin. med. aeui s. v. iurare (col. 1532. 33. ed. Venet.).

bleibt nur die Frage, ob und welche speciellere Formeln des mündlichen Eides dadurch bezeichnet werden sollten.

Den Glossatoren freilich konnte es nicht entgehen, daß das justinianische Recht auch schriftliche Eide kenne, ja zum Theil sie sogar vorschreibe. Sie erläutern dieselben durch den Ausdruck: iuramentum uerbotenus praestitum, als den Gegensatz des iuramentum corporaliter praestitum [49]. Aber da, wo diese Eidesform wirklich eine praktische Bedeutung haben sollte, bei den Proceß-Cautionen nämlich, erklärten sie es für eine ganz ausgemachte Sache, für eine „ferrea et tenacissima consuetudo", daß diese Cautionen theils gar nicht mehr üblich, theils durch Pfand-Bestellungen ersetzt worden seyen [50]: oder wenn sie des Eides als Cautionsmittel gedenken, berühren sie doch die schriftliche Form desselben nicht besonders [51]. Einmal wird in der Glosse die

---

49) Azo und Accursius zur c. 1. Si aduers. uendit. (2., 28.) und zur c. 3. Si minor se maior. (2., 43.)

50) Iohannis Bassiani summa, in Savigny's Gesch. des röm. Rechts Bd. IV. S. 451—53. Pillius de ord. iudiciorum §. 1. 2. (ed. Bergmann p. 5. 6.) Tancredi ordo iudiciarius P. II. tit. 14. tit. 15. §. 1. (Bergmann p. 175. 176.) Casus Francisci (richtiger Willelmi Accursii) ad §. 2. I. de Satisdationib. (4., 11.)

51) Gloss. ord. ad cap. 7. X. de Don. int. uir. (4., 20.) uerb. sub ea quam potest cautione praestare: Iuratoriam s. in aut. Vt nulli liceat habere loci conseruatorem §. Si uero crimen, Coll. IX. [Nou. 134. c. 9.] Ubi dicitur quod si mulier accusatur de crimine, pro quo debeat custodiri, debet dare fideiussorem: si fideiussorem dare non potest, iuratoriam cautionem praestet, et sufficit. Cod. de Episc. et Cler. aut. Generaliter, et in aut. de Litigiosis §. Ad excludendas

Frage berührt, ob zum körperlichen Eide die Berührung der Evangelien wesentlich sey; auch diese Frage hat aber keine Veranlassung gegeben, der schriftlichen Eidesleistung zu gedenken [52]).

Auch die neu entstandenen Rechtsquellen des Mittelalters haben den Eid in diesem Sinne behandelt: sie erwähnen entweder der vorliegenden Evangelien [53]), oder verlangen wenigstens ausdrücklich einen körperlichen Eid [54]), nicht im Sinne einer willkürlichen Auswahl aus mehreren gleich gültigen Formen, sondern um das Wesentliche der einzig vollgültigen Eidesleistung schärfer hervorzuheben. — So hat denn auch noch die Peinliche Gerichtsordnung vom J. 1532 bei den Strafen des Meineids und des Urphedebruchs offenbar nur an mündliche Eide gedacht [55]), und auf diese allein beschränken sich die zahlreichen Eidesformulare in der Reichskammergerichtsordnung von 1555 [56]). Ein an Eidesstatt abzulegendes Handgelübde schreibt der Reichsabschied von

---

[Nou. 112. c. 2.] unde sumpta est hec aut. Generaliter, Coll. VIII. (s. oben Note 31. 32.)

52) Gloss. ord. ad Clem. 1. §. 3. de Hereticis (5., 3.) uerb. tacta . . . Apud italos interpretatur consuetudo, quod sufficit quemlibet librum uel quamlibet scripturam tangere: quod satis puto procedere, etiam ubi de corporali iuramento exprimitur; non sic ubi de tactura euangeliorum.

53) II. Feud. 5. 7.

54) Friedrich II. in den constitutiones regni Siculi I., 44. (Canciani legg. barb. T. I. p. 318.) Carl IV. in der Goldenen Bulle vom J. 1356 Cap. II. §. 2.

55) P. G. O. Art. 107. 108. vergl. Feuerbach peinl. Recht §. 422. Note b. der 13ten Ausgabe.

56) C. G. O. v. 1555. Th. I. Tit. 57—86.

1557 für die Colloquenten bei dem damals beabsichtigten Religions-Colloquium vor [57]); darunter konnte also auch damals ein wirklicher Eid nicht verstanden werden. Auch später noch ward das allgemeine Princip: quod forma non possit adimpleri per aequipollens, von einigen Juristen gegen die Möglichkeit eines schriftlichen Eides geltend gemacht [58]), während Andere sich auch wohl auf eine justinianische Novelle beriefen, worin der Eid durch Verba bezeichnet wird [58b]), oder auf eine Stelle des canonischen Rechts, welche den Eid einen sermo nennt [59]). Dawider ward freilich von der Gegenseite eingewendet, daß der Eid ein Gott geleistetes Versprechen sey [60]); nur das scheint man nicht näher erwogen zu haben, daß diese Eigenschaft des Eides doch nur bei dem promissorischen, nicht bei dem assertorischen Eide die mündliche Versicherung hätte entbehrlich machen können.

---

57) Reichsabsch. von 1557. §. 22., in der Senkenbergischen Sammlung der Reichsabschiede Th. III., S. 140.

58) Modestin. Pistor consil. 19. num. 47 sqq. — Andr. Gail (Geyl) nouum opus consilior. Francof. 1662. fol. P. I. consil. IV. num. 19. — Thesaurus locorum communium iurisprudentiae ex axiomatibus Augustini Barbosae et analectis Io. Ottonis Taboris concinnatus. Ed. V. Lips. 1719. lib. VI. cap. 38. (uerb. forma) axiom. 11.

58b) Nou. 17. cap. 6.

59) Cap. 26. X. de iureiurando (2, 24.). Namentlich ist dieses Argument in der oben (Note 2.) angeführten Dissertation von Lynker wiederholt worden.

60) Alciat. in Decretal. rubr. de iureiur. n. 19—21. (Opp. T. III. p. 700.) Ierem. Setser de iuram. Francof. 1608. lib. 1. c. 9. n. 3. 4.

VII.

Diese Streitfrage: an uerba in iuramento necessaria sint? hat allerdings schon die s. g. Doctoren des funfzehnten Jahrhunderts vielfach beschäftigt, und sie haben ihre Erörterungen darüber zum Theil auch an eine Stelle des römischen Rechts angeknüpft [61]). Aber so wie in dieser Stelle gar nicht von jener Frage die Rede ist, so ward auch andererseits von den wirklich einschlagenden Stellen des römischen Rechts gar keine Notiz genommen, bis viel später von Cujas wieder an die zwiefache Eidesform im justinianischen Rechte und an die Terminologie der Byzantinischen Juristen erinnert worden war [62]). So begnügte man sich denn auch mit allgemeinen Untersuchungen über die Entbehrlichkeit der Worte, ohne auf die Statthaftigkeit des schriftlichen Eides näher einzugehen [63]). Es waren drei speciellere

---

61) Nämlich an das fr. Iurasse, 26. pr. de Iureiurando (12., 2.). Die Canonisten berührten sie häufig schon bei der Rubrik des Decretalentitels de Iureiurando (2., 24.), außerdem aber auch in mancherlei Monographien, worüber die unten, Note 63, angeführten Schriftsteller nähere Nachweisungen enthalten.

62) Cujas citirt einmal den Theodorus Hermopolites (paratitla Cod. tit. Si aduers. uend., Opp. ed. Neapolit. II., 120.), öfter den Theodorus Balsamon, jedoch in der von mir benutzten Ausgabe stets mit irrigen Zahlen (z. B. Expos. Nouell. 51., Opp. II. 1098. Comment. in Cod. IV. I., Opp. IX., 189.; und Notae in Cod. II., 28., Opp. X. 897. 98.).

63) Seraphinus de priuilegiis iuramentorum (zuletzt herausgegeben von Benekendorf und Bulteius, Francof. 1679. fol.) priuil. 22. num. 101—116. Fachinei controuersiae iuris (1601) lib. 3. cap. 8. — Setser de iuram. lib. I. c. 9. n. 3. 4. Gonzalez Tellez in Decretal. lib. II. tit. 24. cap. 26. num. 10.

Veranlassungen, welche zur Anwendung dieser besonderen Eidesform zurückführten: der schriftliche Eid sollte nämlich theils als Nothhülfe, theils als Standesprivilegium, theils als Zugabe zu schriftlichen Contracten benutzt werden.

Als Nothhülfe ist die schriftliche Eidesleistung den Stummen gestattet worden, namentlich bei Zeugenaussagen und beschworenen Urpheden. Daß stumme Personen ein Zeugniß abzulegen fähig seyen, das hatte schon die Glosse des canonischen Rechts angenommen [63b]), und daraus schien denn auch die Zuläſſigkeit eines Zeugeneides ohne mündliche Rede sich von selbst für sie zu ergeben; um so mehr, als der Gebrauch schriftlicher Zeugenaussagen sich durch Ortsgewohnheit auch bei nicht stummen Personen mitunter eingeschlichen hatte [64]). Für den praktischen Gebrauch der Beeidigung stummer Zeugen ist Alciat einer der frühesten Gewährsmänner [65]), dessen eigene Ansicht auch von den nachfolgenden Schriftstellern meist gebilligt worden ist [66]). Aber ganz unbe-

63b) Glossa can. 15. C. 3. qu. 9., uerb. quae nouerunt. vgl. Sam. Stryk de iure sensuum, Francof. 1671. 4. Diss. IV. c. 4. n. 21—26.

64) Gail obss. lib. I. obs. 100 in fi. bezeugt diese Gewohnheit namentlich von Oestreich und Böhmen; auch erwähnt er, daß Felinus (Bischof von Lucca, zum cap. de testibus, num. 7. X. de Testibus) zwar diese Gewohnheit im Allgemeinen verwerfe, aber doch fünf Ausnahmen zulasse.

65) Alciati Comm. in Decretal. rubr. de iureiurando n. 21.: ista opinio mihi placet, et est approbata in practica.

66) Tiraquellus de legib. connubiorum, gloss. 7. num. 18. (Opp. T. II. p. 305.) — Setser de iuram. lib. I. c. 9. num. 3. 4. Hilliger Donell. enucleat. lib. 24. cap. 13. lit.

stritten war selbst diese Frage nicht, sie hatte auch ihre entschiedenen Gegner [67]), und noch bedenklicher ward die Ausdehnung dieses Vorrechts der Stummen über den Zeugeneid hinaus gefunden. So hat z. B. die Leipziger Juristenfacultät im J. 1635 es vorgezogen, auf einen mündlichen Urphede-Eid des Scharfrichters zu erkennen, den dieser im Namen eines stummen Verbrechers schwören sollte [68]); und Stryk, der es unbedenklich findet, dem Stummen einen Eid zu deferiren, will ihn doch zum suppletorischen Eide nur mit der größten Vorsicht zugelassen wissen [69]).

Unter den neueren Gesetzgebungen hat die Preußische ausdrücklich bestimmt, daß Stumme, insofern sie überhaupt als Zeugen abgehört werden können, die ihnen vorzulegende Eidesformel in Gegenwart der instruirenden Gerichtsperson abschreiben und unterzeichnen müssen; aber auch diese Form scheint eigentlich nur als Surrogat der wirklichen Eidesleistung, und nicht als besondere Abart derselben angesehen worden zu seyn [70]).

B. in fin. — Stryk l. c. num. 27. 29., und im Usus mod. pand. lib. XII. tit. 2. §. 13. — Naeuius tract. de iurament. Vitemb. 1710. lib. III. c. 3. §. 13. — Malblanc de iureiur. §. 9. 94 fi. (pag. 22. 271. der zweiten Ausgabe.)

67) Rutger Rulant de commissariis. Francof. 1617. 4. P. IV. lib. 6. cap. 10. membr. 1. n. 21. (pag. 431.) — Auch Ummius ad process. disp. 14. thes. 2. n. 16. wird als solcher Gegner genannt.

68) Finkelthauss obss. 45. qu. 1. qu. 4. n. 18. 20. — Stryk de iure sens. l. c. n. 45.

69) Stryk l. c. n. 39—44.

70) Preuß. Allg. Proceß-Ordnung Th. I. Tit. 10. §. 203. vgl. 227. 315.

VIII.

Als Standesprivilegium könnte die Zulassung zum schriftlichen Eide allenfalls schon in der Goldenen Bulle vom J. 1356 gefunden werden, indem diese es den sämmtlichen Reichsständen, auch den Stadtgemeinden, zur Pflicht macht, den Wahlfürsten das sichere Geleit zum Wahlacte schriftlich und eidlich zu versprechen[71]. Allein eben diese Goldene Bulle hatte doch (im Cap. 2. §. 2. 3.) noch selbst den Churfürsten einen mündlichen Eid in sehr bestimmter Form auferlegt; die allgemeinere Substitution schriftlicher Eidesleistungen hat sich wohl erst später aus der herkömmlichen Ansicht entwickelt, daß jede Versicherung bei Fürstlichen oder Adligen Treuen eben so viel gelten solle als der Eid einer Person aus fürstlichem oder höherem Adelsstande[72]. Aber auch dieses Herkommen ist nur als besondere Landesgewohnheit einzelner Territorien, nicht als eigentlich gemeines Gewohnheitsrecht für ganz Deutschland anerkannt worden[73], und wo sich die Frage recht genau erörtert findet, da wird auch nur dem wirklichen Aussprechen jener Formel, nicht dem bloßen Einrücken derselben in eine von Notaren oder Schreibern aufgesetzte Urkunde, jene Wir-

71) Aur. Bulla cap. 1. §. 7.: praemissa omnia literis et iuramentis suis firmare.

72) Andr. Gail (Geyl) consil. lib. I. consil. 36. num. 6. — Setser de iurament. lib. 1. c. 9. num. 6. — Martin. Benekendorf in den additiones zu Seraphinus de priuilegiis iuramentorum, Priuil. 77. add. 10. 11.

73) Gail l. c. lib. 1. consil. 4. num. 19.

kung beigelegt [74]). Als Reichsrecht hat jenes Herkommen erst im J. 1543 zu Gunsten der **Fürsten** gerichtliche Anerkennung gefunden [75]), worauf denn im Jahre 1555 auch die gesetzliche Bestimmung erfolgt ist, daß die Reichsfürsten bei Uebernahme des Amts eines Kreisobersten „bei Versprechung und Zusage ihrer fürstlichen Würden und wahren Worten gelassen" werden sollten, während alle anderen Personen in diesen und ähnlichen Fällen einen leiblichen Eid zu schwören hatten [76]). Dagegen hat die Reichskammergerichtsordnung von demselben Jahre die Reichsfürsten zwar von persönlicher Ableistung des Reinigungseides gegen den Verdacht des Landfriedensbruches dispensirt, jedoch nur, wenn der Eid in seine Seele durch einen adligen Stellvertreter geleistet würde [77]); und auf gleiche Weise ist im J. 1654 bei dem Calumnieneide den Grafen und Freiherren zwar die persönliche, nicht aber ihren Procuratoren die mündliche Eidesleistung erlassen worden [78]).

Nach der Preußischen allgemeinen Proceßordnung soll den Personen fürstlichen Standes, wenn sie einen **Zeugeneid** zu leisten haben, die im Vernehmungsprotokoll zu verzeichnende Eidesformel von dem Commissarius des

74) **Matth. Wesembecii** consilia. Pars I. cons. 52. n. 78. — **Gail** l. c.

75) **Mynsinger a Frundeck** obseruationes iudicii imperialis camerae. Basil. 1563. fol. centur. I. obs. 17. Er nennt eine solche Zusage die promissio „bei fürstlichen Ehren und Würden".

76) Reichsabschied v. 1555. §. 58.

77) C. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 10. §. 5.

78) Jüngster Reichsabschied v. 1654. §. 117.

Gerichts vorgelesen und zur eigenhändigen Unterschrift vorgelegt werden [79]); und ähnliche Bestimmungen finden sich auch in andern deutschen Staaten [80]). In Frankreich hat man im J. 1830 drei schriftliche Eidesleistungen in der Pairskammer zugelassen, wahrscheinlich nur, weil man es in jener aufgeregten Zeit mit den Formen so genau nicht nehmen durfte [81]).

IX.

Was endlich die Verbindung des schriftlichen Eides mit den schriftlichen Contracten anlangt, so läßt sich dabei eine zwiefache Veranlassung unterscheiden.

Erstens fand man darin ein Mittel zur Anwendung des Executivprocesses. Ausgehend von dem Satze des Römischen Rechts, daß dem Eide eine noch höhere Autorität gebühre, als dem rechtskräftigen Urtheil [82]), glaubte man durch Schuldbekenntnisse in Form eines deferirten Eides die Litiscontestation und die Verurtheilung des Schuldners entbehrlich zu machen, und auf ein solches Bekenntniß hin eben so zur „parata executio" berechtigt zu seyn, wie es überhaupt bei den Verschreibungen „cum quarentigia" in Italien hergebracht war. Für solche Eide hatte schon Bartolus, bei Gelegenheit der

79) Preuß. Allg. Proceßordn. I., 10. §. 203.

80) Oesterr. Allg. Ger.-Ordn. §. 223. 227. Sächs. Gesetz vom 28. Jan. 1835. §. 4.

81) Augsburg. Allg. Zeit. 1830. Beilage 250. — Der Regel nach verlangt das französische Recht wenigstens die mündlich gesprochenen Worte: „Je jure".

82) Fr. 2. de Iureiurando (12., 2.).

so eben erwähnten Pandektenstelle, ein bestimmtes Formular aufgestellt, auf dessen Grund der Sieneser Jurist Seraphinus de Seraphinis die ganze Materie sehr gründlich erörtert hat [83]). Seine Meinung ging aber keineswegs dahin, daß der Eid ein bloß schriftlicher seyn dürfe; er sollte mündlich vor dem Notar, als „index cartularius", abgelegt und dann erst in den Schuldbrief eingetragen werden [84]). Dabei rügt Seraphinus ausdrücklich die Nachlässigkeit der Notare, welche nach ihrem Geschäftsstyl die Form der Eidesdelation zu versäumen pflegten, obwohl er andererseits mehrfache bedenkliche Ausdehnungen dieser Eidesform zu vertheidigen sucht. Namentlich wollte er auch reinen Privat-Urkunden und bloßen Versprechungen für die Zukunft dieselbe Wirkung beilegen, wie den Notariats-Urkunden, worin die Eidesdelation auf eine schon existirende Schuld gerichtet wäre [85]).

Diese Lehren der italienischen Praktiker haben jedoch für Deutschland ihre Bedeutung dadurch verloren, daß ein Reichsgesetz vom Jahre 1600 solchen Formeln für sich allein die Wirkung des Executivprocesses ausdrücklich abgesprochen hat; bemerkenswerth bleibt nur der Umstand, daß bei eben dieser Gelegenheit nur der leibliche Eid zugleich als ein wirklicher bezeichnet wird [86]).

83) Seraphinus de priuilegiis iuramentorum, Priuileg. 77. Ich kenne nur die Frankfurter, oben Note 60 angeführte Ausgabe.

84) Seraphinus l. c. num. 5. 32. 33.

85) l. c. num. 18. 16.

86) Deputations-Abschied v. 1600. §. 33.: „Wann in einer

X.

Die zweite Verbindung des Eides mit schriftlichen Contracten beruht auf den bekannten Veränderungen, die durch das canonische Recht [87]) und eine berühmte Authentica Friedrich's I. [88]) für die Wirksamkeit der promissorischen Eide eingetreten sind. Um sich der obligatorischen Wirkung solcher Eide gehörig zu versichern, war es immer rathsam, sie auch schriftlich verzeichnen zu lassen; und wo überdieß für den Vertrag eine schriftliche Form vorgeschrieben war, da verstand es sich beinahe von selbst, daß auch die hinzugekommene Eidesleistung in die Urkunde mit aufgenommen wurde.

---

verschreibung oder obligation der execution nit gedacht, sondern andere krefftige, erhebliche und bündige anhäng, mit einverleibtem, außtrücklichen Juramento gesetzt; ist in zweiffel gezogen, ob solches Juramentum, sonderlich da dasselbig leiblich und würcklich geleistet, oder sunst die verba Juramenti ipsa der verschreibung eynverleibt, alle andere solennitates erfülle und ersetze; . . . also, daß via executiva gegen jene stracks zu procediren, damit er nicht sunst in gefahr seiner seelen heyl und seligkeit und deß meineydts gesetzt, oder aber von jme vermutet werde, als wolte er seinen eydt disputirn oder in zweiffel ziehen: So setzen, ordnen und wöllen wir, daß solch der verschreibung eynverleibt Juramentum, welcherley gestalt dasselbige vorgangen, viam executivam nit verursachen, noch deßwegen Mandata sine clausula zu erkennen, sondern als ein besterkung und bekrefftigung derselben zu halten seyn soll."

87) Cap. 9. 28. X. de Iureiurando (2., 24.). Cap. 2. eod. in VI°. (2., 11.) Cap. 2. de Pact. in VI°. (1., 18.)

88) Hinter const. 1. Cod. Si aduers. uend. (2., 28.): Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inuiolabiliter custodiantur. Per uim autem, uel per iustum metum extorta etiam a maioribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti iubemus.

Hieraus erklärt sich die Praxis der italienischen Notare, welche den Parteien bei verwickelten Rechtsgeschäften die Anwendung einer eidlichen Bestärkung zu empfehlen pflegten, ja auch wohl noch weiter gingen, und selbst ohne vorgängige Anfrage eine Erwähnung des Eides in die von ihnen aufgesetzten Contracte einzuschalten sich erlaubten [89]). Anfangs mochten sie wohl auf die wirkliche körperliche Eidesleistung vor Vollziehung des Contractes noch gerechnet haben, später sollte es darauf nicht weiter ankommen, man glaubte ihnen mit folgender Theorie schon durchhelfen zu können. „Wer dem Notar die Formulirung eines Contracts im Allgemeinen überträgt, der hat ihm vermuthlich auch die Einschaltung aller üblichen Clauseln auftragen wollen; wo also die Anwendung des Eides üblich ist, da muß jener präsumtive Auftrag auch von den Eidesclauseln verstanden werden, ja in dem Auftrage liegt zugleich auch die geistige, mentale Ableistung des Eides selbst."

Daß eine so monströse Theorie auf entschiedenen Widerspruch stoßen mußte, versteht sich von selbst; und zu den mehrfachen Gegengründen, mit denen man sie bekämpfte, gehörte namentlich auch die Nothwendigkeit der mündlichen Rede bei jeder Eidesleistung. Seraphinus,

---

89) Seraphinus de priuil. iuram. priuil. 77. num. 32.: „iuramentum prout etiam aliae clausulae uidentur apponi per notarium potius de stylo et consuetudine ipsorum, quam quod a partibus intelligatur fuisse dictum" . . . num. 33.: „cum dici soleat in instrumentis: Et praedictae partes iurauerunt omnia et singula uera fuisse et esse, et illa attendere et obseruare".

der beide Theorien mit großer Vollständigkeit entwickelt, entscheidet sich zuletzt für eine vermittelnde Ansicht. Vor Allem macht er auf eine wesentliche Begriffsverwirrung bei der ersten Theorie aufmerksam, indem man die verschiedenen Arten der Eidesclauseln gar nicht genügend unterschieden habe: man habe unter jenem Namen den wirklichen Eid der Hauptpartei, und den Eidesauftrag an einen Stellvertreter zusammengeworfen, und diejenigen Schriftsteller, welche den Notar nur zur Einschaltung von üblichen Eideselauseln der zweiten Art berechtigt gehalten, als Autoritäten für eine gleiche Befugniß bei Clauseln der ersten Art ansehen wollen. Sodann giebt er zu, daß es auf die vollständige Form des Eides nicht weiter ankomme, wenn nur der Notar durch einen mündlichen Ausdruck der anwesenden Parteien, oder durch gleichzeitige Berührung der Evangelien von ihrer Seite, hinreichend überzeugt werde, daß eine eidliche Bestärkung des Vertrages Statt gefunden habe. Sehr charakteristisch bleibt es aber jedenfalls, daß nicht nur Seraphinus bei dieser Gelegenheit das bloße Unterschreiben der Urkunde gar nicht als ein Aequipollens des Eides erwähnt, sondern daß auch die Vertheidiger der laxeren Theorie, die sich mit rein mentalen Eidesleistungen begnügen wollten, darauf nicht gekommen sind, die Unterschrift des Contracts mit Eidesclauseln für einen schriftlichen Eid zu erklären.

Ein klares Bild von diesen Controversen wird sich aus den eigenen Worten des Seraphinus am besten herausstellen. Ich gebe sie unten im Anhange wieder,

verbunden mit einem Auszug aus Wesembeck's Consilien, worin dieselbe Frage bei Gelegenheit eines in Deutschland vorgekommenen Rechtsfalles erörtert wird.

XI.

Bei keinem Geschäfte war zu einer Verbindung der Schrift mit dem Eide eine so dringende Veranlassung gegeben, wie bei den Intercessionen der Frauen. Die schriftliche Form war hier durch Justinian zu einem allgemeinen Erforderniß geworden [90]; aber auch sie schützte nicht einmal gegen die ältere Einrede des S. l. Velleianum, geschweige denn gegen die gänzliche Unwirksamkeit, mit welcher die Intercessionen für den eigenen Ehemann in der Regel behaftet seyn sollen [91]. In der ersten Beziehung konnte der eidliche Verzicht auf die s. g. weiblichen Rechtswohlthaten als eine nützliche Abhülfe betrachtet werden; in der zweiten blieb die eidliche Bekräftigung der ganzen Intercession, als neue selbstständige causa obligandi, das einzige Mittel, um ihr Geltung zu verschaffen. Aber auch die Gefahr, auf diesem Wege die Frauen wiederum alles Schutzes bei Bürgschaftsleistungen zu berauben, lag nahe genug; und diese Rücksicht scheint es veranlaßt zu haben, daß in einigen italienischen Stadtrechten, wie zu Siena und Cortona, den Notaren ganz verboten wurde, Eidesleistungen der Frauen in ihre Urkunden aufzunehmen [92]. Eben so

90) Const. 23. §. 2. ad S. l. Velleianum (4., 29.).

91) Auth. Si qua mulier Cod. eod. (Nou. 134. c. 8.)

92) S. den Schluß des unten folgenden Auszugs aus Seraphinus.

bedenklich war es, daß man sich über die verschiedene Bedeutung und den Grund der Nothwendigkeit eines solchen Eides in dem einen oder dem anderen Falle, keine recht klare Vorstellung zu machen pflegte. Bei Manchen ward es, nach dem Vorgange des Bartolus, zur communis opinio, daß der Eid wenigstens nach der s. g. aequitas canonica eine Vermuthung für die geschehene certioratio begründe, d. h. für die der Intercedentin gewordene nöthige Belehrung über ihre Rechtswohlthaten; die obligatorische Kraft des Eides ward weniger hervorgehoben, und seine schriftliche Form kam meistens gar nicht in Erwägung [93]). Selbst bei der Bürgschaft für den Ehemann ward an die selbstständige obligatorische Wirkung des Eides nicht immer gedacht: man glaubte schon mit der Präsumtion, daß das Hauptgeschäft zum eigenen Vortheil der eidlich intercedirenden Ehefrau gedient haben werde, ausreichen zu können [94]).

Gerade diese Anwendung ist es aber, in welcher sich der Gebrauch des schriftlichen Eides auch in Deutschland am häufigsten wieder findet; und die Vertheidiger dieser Praxis sind nur theilweise dabei stehen geblieben, den mündlichen Eid hier für entbehrlich zu halten [95]), sogar die bloße Versicherung an Eidesstatt schien Manchen schon genügend [96]). Damit war denn freilich auch

---

93) Seraphinus priuil. 63. num. 3—10.

94) Seraphinus priuil. 65. num. 6. 7.

95) Leyser medit. ad Pand. specim. 172. num. 2.

96) Brunnemann consilia. Francof. 1677. fol. Consil. 89. num. 17—37., und comment. ad Pand. lib. XVI. tit. 1. fr.

über die fernere Frage schon einigermaßen hinausgeholfen, in welcher Form der schriftliche Eid zu vollziehen sey; denn wer die bloße Versicherung an Eidesstatt für genügend hält, dem kann auch nicht viel darauf ankommen, ob die Eidesformel von der Frau eigenhändig geschrieben oder nur unterschrieben wird [97]); und ob sie dieselbe gelesen, vorgelesen oder sich vorlesen lassen, das wird ihm gleichgültig scheinen, so lange sie den schwierigen Beweis, den Inhalt der Urkunde nicht gekannt zu haben, zu führen nicht im Stande ist.

Wohin aber diese Richtung endlich führen muß, das läßt sich nicht wohl verkennen: der rechtliche Schutz der Frauen wird auf einige Formalitäten reducirt, über die bei arglosen Personen leicht hinauszukommen ist. Bei so geringen Resultaten aber scheint es kaum noch der Mühe zu lohnen, ein so complicirtes Rechtsinstitut, wie das S. C. Velleianum mit seinen Anhängen, im gemeinen Rechte beizubehalten; seine Beseitigung, nach dem Vorbilde der neueren Gesetzgebungen, wird als eine Wohlthat anzusehen seyn.

---

ult. — Schilter praxis iur. rom. lib. XVI. tit. 1. §. 10. — Bülow und Hagemann's Erörterungen Bd. I. Erörter. 33. — Glück Erläuterg. der Pand. Th. XV. S. 48. 49. — Unter den Gegnern dieser Ansicht sind besonders Carpzov defin. forens. P. II. const. 16. defin. 6. Wernher selectae obss. for. T. II. P. X. obs. 429. und Leyser spec. 134. coroll. 2. spec. 171. coroll. 3. zu nennen.

97) S. oben Note 3. Der Grundsatz, daß der Unterschreiber hafte, wie der Schreiber, wird schon von Seraphinus (privil. 77. num. 15. 16.) gelegentlich erwähnt; er bezieht ihn aber nur auf den materiellen Inhalt der Urkunde, und durchaus nicht auf die Eidesformel.

Darum hat denn jene Richtung auch jederzeit ihre entschiedenen Gegner gefunden. In Chursachsen ist die mündliche Eidesleistung den Bürgschaften der Ehefrauen durch ein besonderes Gesetz vorgeschrieben worden [98]); in Schwedisch-Pommern hat die Praxis den Grundsatz festgehalten, daß die Ehefrau die in dem Bürgschaftsschein enthaltenen und von einem Notar ihr vorgelesenen Worte: „so wahr mir Gott helfe", mündlich wiederholen müsse [99]); und auf dem Standpunkte des gemeinen Rechts hat namentlich Huber die Nothwendigkeit strengerer Grundsätze dargethan [100]), welche auch noch vor wenigen Jahren in zwei Mecklenburgischen Rechtssachen durch die Bonner Facultät zur Anwendung gekommen sind.

XII.

In keinem Falle würde dasjenige, was etwa hier oder dort sich als herkömmliche Form für die eidlichen Intercessionen der Frauen fixirt haben möchte, darum auch als allgemeine Norm für die Behandlung des schriftlichen Eides überhaupt gelten dürfen; diese allgemeineren Normen werden sich immer nur nach der eigentlichen Natur des schriftlichen Eides bestimmen lassen. Versuchen wir die Hauptsätze im Folgenden schließlich zusammenzustellen.

98) Decisio electoralis 25. Schilter und Leyser a. a. O.

99) Mehlen a. a. O. S. 393. Note 5.

100) Huber praelectt. ad Pand. lib. XII. tit. 2. §. 3. — In Sande's Decisionen, lib. III. tit. 11. defin. 3. soll sogar die Nothwendigkeit eines körperlichen Eides von Seiten der intercedirenden Frau behauptet werden.

1) Wer eine Eidesleistung zu fordern hat, braucht sich mit einem schriftlichen Eide nicht zu begnügen, falls nicht dem Gegner singulaire Rechtsgründe zur Seite stehen, welche ihn zu dieser Form der Eidesleistung berechtigen.

2) Die vollen obligatorischen und criminalrechtlichen Wirkungen der Eidesleistung können nicht durch bloße Namensunterschrift, sondern nur durch eigenhändiges Schreiben der Eidesformel begründet werden. Wohl aber wird die Unterschrift allein schon einer Versicherung an Eidesstatt gleich zu achten seyn.

3) Der schriftliche Auftrag zur Eidesleistung im Namen des Auftragenden kann eben so wenig dem wirklichen Eide gleich gelten, als die bloße schriftliche Formulirung eines Eides zum Zwecke eigener mündlicher Ableistung [101]. Beiderlei Handlungen können jedoch, als Vorbereitungen zu falschen Eiden, einen strafbaren Charakter annehmen.

4) Die bloße Ausrede, daß man den Inhalt der unterschriebenen Urkunde nicht gekannt habe, kann bei eidlichen Unterschriften nicht mehr Gewicht haben, als bei jeder einfachen Unterschrift. Andererseits müssen aber auch die rechtlichen Wirkungen des Eides hinwegfallen, wenn man beweisen kann, daß man über den Inhalt der unterschriebenen Urkunde getäuscht worden sey.

101) Diese Formulirung ist im §. 242. der Bremischen Gerichtsordnung regelmäßig vorgeschrieben.

Anlagen.

A. *Seraphinus de priuilegiis iuramentorum,* priuil. 23. num. 90—120.

90 .. Notarius rogatus de instrumento, potest in illo appo-
nere clausulas consuetas et solitas, etiamsi a partibus di-
91 ctum non fuerit ... quia praesumitur rogatus a partibus
ut illas apponat ... nisi contrarium probetur, propter
100 praesumptionem, quae est pro notario .... Tamen iura-
mentum est usque adeo priuilegiatum, ut notarius non
possit illud apponere propter magnam importantiam, etiam-
si sit de consuetudine, quod apponatur, ut per Bauer.
in suo tract. de uirt. juram. col. 7. *n.* 4. et Corset. *in
rub. de jurejur. priu.* 27. et Mars. *in d. sing.* 123. Ant.
de Gabriel. *in tit. de jurejur. concl.* 5. *n.* 9. *et latius in
titulo de consuet. concl.* 3. *n.* 24. *uer. secundo limita.* et
101 Grat. *lib.* 1. *resp.* 36. *n.* 26. † et est ratio: quia juramen-
tum requirit formalitatem uerborum: unde nisi formaliter
et realiter intercedat, non potest apponi per notarium,
ut per Abb. *in c. nam concupiscentiam de constitut.* et
habetur *in l. semper in stipulationibus* per Dec. *nu.* 16.
de reg. iur. Grat. lib. 1. *resp.* 9. *n.* 123. Ioann. de Selua.
in suo tract. de iureiur. quaest. 2. ubi dicit hanc opinio-
nem esse ueriorem . idem Grat. *resp.* 140. *n.* 7. *eodem lib.*
102 et Tiraq. *de legib. connub. l. fin. gl.* 7. *n.* 122. Neque
dicatur posse fingi iuramentum interpositum ex eo quod
quidquid ponit notarius in instrumento, censetur ponere
de uoluntate partium, ... quia ad hoc respondetur,
quod ubi agitur de peccato, et sic de liganda anima ali-
cuius, debet fundari in ueritate, et non in fictione, se-
cundum Ioh. And. et alios, in *c. quamquam, de usur. in*
103 5. † et quia praesumptiones non habent locum in foro
conscientiae, ut per Innoc. *in c. quia plerique, de immun.
eccles.* Abb. *in c. iis, qui fidem de sponsal.* Dec. in c.
nouit. *ante n.* 11. *de iudic.* Curt. jun. *in cons.* 104. *uol.*

2. n. 6. Dd. *in rub. de acquir. heredit.* Confirmatur supradicta opinio: quia iuramentum est quaedam solemnitas extrinseca, quia ut dictum est, requirit formalitatem uerbi, Iuro: † et quia iuramentum de consuetudine praestatur tactis scripturis, facit text. *in c. hortamur* 3. *q.* 9. gl. *in Clem.* 1. *de haeret. in uer. tacta*: et habetur per Abb. *in c. fraternitatis* . *in ult. col. de test.* tangere autem scripturas iureiurando est quaedam solemnitas, quae si non sit per ipsas partes adhibita, † de ea notarius rogari non potest, quia esset falsarius, per not. per Bar. et Dd. *in Auth. si quis in aliquo documento. C. de eden. et in l. si ex cautione, C. de non num. pec.* late Corn. *in cons.* 261. *col.* 1. *uol.* 4. quoniam tam circa factum, quam circa uerba ipsorum partium, notarius nihil addere potest, *l. quoties,* §. *sed si conditionem*. et ibi Bald. *de hered. instit.* et tradit Calcan. *in cons.* 70. *col.* 3. Rursus ostenditur satis ualida ratione notarium non posse rigore consuetudinis iuramentum apponere: † nam certum est, quod non potest apponere illas clausulas, per quas mutaretur natura contractus, cum id partes non consenserint: ergo nec iuramentum: quia per illius appositionem usque adeo immutatur natura contractus, ut saepe unum faciat in alium transire . . . . quia de contractu ordinario facit executiuum, et de reuocabili irreuocabilem . . . . Et istam partem, quod notarius non censeatur rogatus a partibus de iuramento apponendo, tenuit Barbat. *in cons.* 43. *col.* 8. *uol.* 2. † ubi dicitur, quod notarius censetur apponere iuramentum potius de consuetudine, quam de uoluntate partium, quae non intelligunt eius uirtutem; et idem uoluit Goz. *in cons.* 80. *post n.* 15. † Et ideo illo apposito per notarium, nihil operaretur, secundum Rip. *in l. centurio, n.* 82. *de uul. et pup. subst.* . . . Hanc etiam partem uidetur tenere Sozin. et alii *in l. Gallus* §. *item credendum . de liber. et posthum.* et Dec. *in l. lecta . si cert. petat.* quatenus uolunt, quod notarius non possit apponere iuramentum rigore illius imbreuiaturae, *Et cetera*, etiam quamuis de consuetudine soleat praestari . . . .

104 · 105 · 106 · 107 · 108

Contrariam partem uidentur suadere ueriorem infra
scripta: primo, quia dispositio comprehendit actum iura-
tum, seu iuramentum, quando consuetum est, ut illud ap-
ponatur in illo actu, de quo loquitur dispositio; seu ita
fuit consuetum, et solitum interpretari, ut iuramentum in
111 eo intelligeretur; . . . ergo . . . admissa consuetudine, quod
112 in instrumentis apponatur iuramentum, . . . sequitur conse-
quenter, quod partes mandauerint iuramentum apponi, ex
quo mandauerunt apponi clausulas consuetas; . . . et ex
hoc patet non esse uerum, quod Barb. et Gozad. supra
in contrarium allegati dicebant, notarios uidelicet appo-
nere iuramentum potius de consuetudine, quam de vo-
113 luntate partium; † cum enim praesumendum sit, partes
uoluisse in instrumento apponi, quod consuetum est et
diutius obseruatum . . . . concludendum est utique uo-
luisse, ut etiam apponeretur iuramentum, ex quo ita fieri
consueuit. Postremo ad corroborationem huius opinio-
114 nis accedat, † quia credendum est, quod contrahentes
elegerint eam uiam, per quam actus fiat omni meliori
modo, et ut sortiatur effectum suum irreuocabilem . . .
nemo autem dubitauerit, et melius et efficacius actum
inter partes uideri, si iuramentum intercessisse de illa-
115 rum uoluntate intelligatur, ex quo † praecise obligat ad
expressa in conuentione, et aufert beneficia iuris . . . . .
et tenendo istam partem . . . . de facili respondetur ad
ea, quae in contrarium fuerunt allegata. Non obstat pri-
mum, quod partes censeantur rogasse notarium de appo-
nendis clausulis consuetis praeter iuramentum, ex quo re-
116 quirit formalitatem uerborum; quia † respondeo, quod
imo in contrarium se habet communis opinio, quod sci-
licet iuramentum non requirat formalitatem uerborum:
quia mente et sine uerbis iurari potest, ut late disputando
concludit et dicit communem Corset. *in d. rub. de iure-
iur. col. 4. uers. quaero sexto* . et Abb. *in c. et si Chri-
stus eod. tit.* et moderni *in l. si quis maior. C. de trans-
act.* Et ideo, quatenus requirerentur uerba, hoc fieri pos-
set ad faciliorem probationem ipsius iuramenti; non au-
117 tem, ut ad illius essentiam requirantur; † . . . Quando

ergo partes mandant notario, ut apponat clausulas consuetas, intelliguntur mentaliter iurare, et uelle, quod iuramentum apponatur instrumento, ex quo ita fieri consueuit. Non obstat, quod iuramentum praestetur tactis scripturis; quia hoc non est uerum perpetuo; sed aliquando iuratur tactis scripturis, et aliquando non † et 118
uariis modis iurari potest, ut per Doctor. notatur *in d. l. si quis maior.* et latius per Ioh. de Selua *in suo tractatu de iuram. in* 1. *parte, uersic. quarto quaero*.......
...Non obstat, quod notarius non possit aliquid addere 119
ultra factum partium; quia dicitur, quod partes ipsae iurasse prius censentur, et deinde mandasse notario, ut iuramentum apponat, cum sit de clausulis consuetis; et hanc partem tenet Bauer. *in loco supra allegato*, quando scilicet dictum fuisset a partibus, ut notarius extendere debeat instrumentum ad consilium seu iuxta consilium sapientis; quia in tali casu poterit apponere iuramentum, secundum eum, qui allegat, Ant. Butr. et Abb. *in d. c. pen. de iureiur*. et Alex. *in d. l. Gallus*, §. *idem credendum de liber. et post.* qui in libro meo nihil de hoc dicit. Abb. etiam potius dicit contrarium, ad quod per eum allegatur, quod immo etiam si dictum sit, quod ad consilium Iudicis, quem pro sapiente intelligit, debeat instrumentum extendi, non propterea poterit apponi iuramentum, et ad hoc allegatur per Marian. Sozin. iun. *in d.* §. *idem credendum n.* 27. Quidquid tamen sit de dictis opinionibus, dico Baueri dictum posse procedere, si militet consuetudo iuramentum apponendi, per praedicta; alias secus. Et quamuis haec, quae scripsimus, satis rationi et iuri consona uideri possint, tamen ego ad mentem Doctorum diligenter prospiciens, et ad euitandum istas contrarietates, cogitabam concordando opiniones sic dici et distingui posse: nam aut quaerimus de apponendo iuramento praestito per ipsas partes, in instrumento contractus per ipsas celebrati, et tunc si partes ipsae uere iurauerunt, et de iuramento constare potuit per aliquod extrinsecum, ut quia ad delationem notarii tetigerunt scripturas, ut plerumque fieri solet; uel quia dixerunt *Iura-*

mus, uel etiam quia notarius legendo instrumentum dixit, *Et iuraverunt*; licet forte non scripsisset, quia intelligitur, quod effectualiter iurauerint . . . . in his casibus et similibus notarius poterit apponere, immo tenebitur scribere clausulam iuramenti: et si aliter faceret, posset puniri; quia ex quo iurauerunt, censentur mandasse, quod illam apponat: si uero partes non iurauerunt, neque de iuramento aliquo modo constare potest per aliquem actum extrinsecum, ita ut per illum possit praesumi fuisse iuratum: et tunc notarius non poterit clausulam iuramenti apponere; ex quo uero non iurauerunt, et de iuramento nihil constitit notario . . licet fortasse ipsi mentaliter iurassent . . . . nec est uerum, quod mandando, ut apponat clausulas consuetas, et consequenter iuramentum tanquam consuetum, intelligatur ab ipsis partibus mentaliter iuratum per prius, cum scilicet mandauerunt apponi clausulas consuetas; nam istud posset procedere, quando ipsi notario posset constare de iuramento praestito per ipsas partes . . . . Aut quaerimus secundo de apponendo . . . . . . clausulam iuramenti per alium praestandi, ueluti per procuratorem, tutorem . . . et tunc si iuramentum est solitum apponi in mandato uel alio instrumento, notarius qui censetur rogatus de apponendis clausulis consuetis, poterit uel potius debebit iuramentum apponere . . . et ita potest intelligi secunda opinio Dd. qui pro maiore parte loquuntur in his terminis, si bene animaduertantur. Cogitabis tamen . . . ut non procedat, quando per statutum prohibetur a notariis iuramentum apponi, ut in mulieribus cauetur hic Senis, et in ciuitate Cortonae.

B. *Matth. Wesenbecii consilia.* Pars I. (Witteberg. 1633. fol.) consil. 52. n. 78.:

Quamquam autem illa uerba, bei Christlichen trawen und an eydes statt, inter clericos vim habere iuramenti possunt, item inter laicos, quoties corporali iuramento non est opus: tamen hoc accipiendum, quoties revera iuraverunt et ita in scripturam

relatum est: *l. 3. C. Si minor se maior. dix. l. Si quis major.* 41. *in fine C. de transact.* Secius, si illis ignorantibus, uel non advertentibus Notarius, ex communi consuetudine et stylo, tale iuratorias clausulas instrumento adiicit: ut Dd. ibid. declarant, praecipue *Hieron. Cagn. d. l. Si quis minor. n.* 53., addens Notarium neque in casu illius legis, nec in ullo alio posse instrumento juramentum apponere, nisi expresse fuisset per partes praestitum: neque posse aliter, ne quidem ex conuentione fingi illud interuenisse, per Soc. *l. Gallus §. idem credendum col. 2. de lib. et posthum.* Dec. *c. translato in princ. 2. lect. de constit.* Lancelot. Galiaul. *l. 1. in princ. col. ult. de verb. obligat.*

Deinde illa theoria de juramenti scripturae validitate non putatur obtinere in renunciatione remediorum legitimorum contra contractus: ubi speciali et corporali juramento est opus. Panorm. *in rub. de jurejur. in fin.* Castrens. Ias. *l. 3. §. jurari in princip. de jurejur. gl. l. 1. verb. Corporaliter C. si advers. vend.* Quae jura licet potissimum loquantur de remediis minorum: Cynus *n.* 5. Bartol. *n.* 7. Salic. *n.* 6. Bald. *num.* 7. Fab. *num.* 1. Ias. *n.* 13. *in auth. Sacramenta C. si advers. vend.* tamen valent etiam in maioribus, ad hoc ne supra jus commune obligentur tali formula, quae non sit verum juramentum, sed tantummodo relatione ad illud facta. *c. pen.* ubi Panorm. *de jurejur.* Tiraq. *de legib. connub. gl.* 5. *n.* 120.

mus, uel etiam quia notarius legendo instrumentum dixit, *Et iuraverunt*; licet forte non scripsisset, quia intelligi-
120 tur, quod effectualiter iurauerint .... in his casibus et similibus notarius poterit apponere, immo tenebitur scribere clausulam iuramenti: et si aliter faceret, posset puniri; quia ex quo iurauerunt, censentur mandasse, quod illam apponat: si uero partes non iurauerunt, neque de iuramento aliquo modo constare potest per aliquem actum extrinsecum, ita ut per illum possit praesumi fuisse iuratum: et tunc notarius non poterit clausulam iuramenti apponere; ex quo uero non iurauerunt, et de iuramento nihil constitit notario... licet fortasse ipsi mentaliter iurassent .... nec est uerum, quod mandando, ut apponat clausulas consuetas, et consequenter iuramentum tanquam consuetum, intelligatur ab ipsis partibus mentaliter iuratum per prius, cum scilicet mandauerunt apponi clausulas consuetas; nam istud posset procedere, quando ipsi notario posset constare de iuramento praestito per ipsas partes .... Aut quaerimus secundo de apponendo ... ... clausulam iuramenti per alium praestandi, ueluti per procuratorem, tutorem ... et tunc si iuramentum est solitum apponi in mandato uel alio instrumento, notarius qui censetur rogatus de apponendis clausulis consuetis, poterit uel potius debebit iuramentum apponere ... et ita potest intelligi secunda opinio Dd. qui pro maiore parte loquuntur in his terminis, si bene animaduertantur. Cogitabis tamen ... ut non procedat, quando per statutum prohibetur a notariis iuramentum apponi, ut in mulieribus cauetur hic Senis, et in ciuitate Cortonae.

B. *Matth. Wesenbecii consilia.* Pars I. (Witteberg. 1633. fol.) consil. 52. n. 78.:

Quamquam autem illa uerba, bei Christlichen trawen und an eydes statt, inter clericos vim habere iuramenti possunt, item inter laicos, quoties corporali iuramento non est opus: tamen hoc accipiendum, quoties revera iuraverunt et ita in scripturam

relatum est: *l. 3. C. Si minor se maior. dix. l. Si quis major.* 41. *in fine C. de transact.* Secius, si illis ignorantibus, uel non advertentibus Notarius, ex communi consuetudine et stylo, tale iuratorias clausulas instrumento adiicit: ut Dd. ibid. declarant, praecipue *Hieron. Cagn. d. l. Si quis minor. n.* 53., addens Notarium neque in casu illius legis, nec in ullo alio posse instrumento juramentum apponere, nisi expresse fuisset per partes praestitum: neque posse aliter, ne quidem ex conuentione fingi illud interuenisse, per Soc. *l. Gallus* §. *idem credendum col.* 2. *de lib. et posthum.* Dec. *c. translato in princ.* 2. *lect. de constit.* Lancelot. Galiaul. *l.* 1. *in princ. col. ult. de verb. obligat.*

Deinde illa theoria de juramenti scripturae validitate non putatur obtinere in renunciatione remediorum legitimorum contra contractus: ubi speciali et corporali juramento est opus. Panorm. *in rub. de jurejur. in fin.* Castrens. Ias. *l.* 3. §. *jurari in princip. de jurejur. gl. l.* 1. *verb. Corporaliter C. si advers. vend.* Quae jura licet potissimum loquantur de remediis minorum: Cynus *n.* 5. Bartol. *n.* 7. Salic. *n.* 6. Bald. *num.* 7. Fab. *num.* 1. Ias. *n.* 13. *in auth. Sacramenta C. si advers. vend.* tamen valent etiam in maioribus, ad hoc ne supra jus commune obligentur tali formula, quae non sit verum juramentum, sed tantummodo relatione ad illud facta. *c. pen.* ubi Panorm. *de jurejur.* Tiraq. *de legib. connub. gl.* 5. *n.* 120.

II.

Cicero über seine Forderung an Dolabella (ad Attic. 16., 15.).

Von

Herrn Geheimen Justizrath und Professor D. Huschke in Breslau.

Cicero's Tochter Tullia war dreimal verheirathet [1]). Ihr erster Gemahl, Calpurnius Piso, starb frühzeitig, ihre zweite Ehe, mit Furius Crassipes, endigte durch Scheidung. Die unglücklichste scheint die dritte gewesen zu seyn. Der vornehme Wüstling P. Cornelius Dolabella heirathete sie im J. d. St. 704 wohl hauptsächlich im Hinblick auf eine reiche Mitgift und den schwiegerväterlichen Credit, die ihm gegen seine zahlreichen Gläubiger zu Hülfe kommen sollten. Nach vielen erlittenen Kränkungen trennte sich Tullia, wiewohl der Form nach bona gratia, gegen Ende des Jahres 708 auch von ihm, und starb kurz nachher. Aus

---

1) Vgl. über das Leben der Tullia Drumann Geschichte Roms Bd. 6. S. 696—710, über das des Dolabella denselben Th. 2. S. 566 flg.

der Dotirung dieser Tochter stammte nun das Schuldverhältniß des Dolabella gegen Cicero, welches uns hier beschäftigen soll.

Nach üblicher Weise hatte der Vater die Dos in drei Jahreszielen versprochen. Für das erste Drittheil müßte, wie es scheint, Atticus eintreten, da Cicero während des Bürgerkrieges sich selbst in Verlegenheit befand; die Zahlung des zweiten im J. 706 erschwerte auch noch der Verdruß über die Wahl eines solchen Schwiegersohns [2]), die des dritten im folgenden Jahre wieder die Reue, ihm nicht schon vor der zweiten den Scheidebrief geschickt zu haben. Die Furcht vor Cäsar, in Verbindung mit der Hoffnung, Dolabella würde selbst auf Scheidung antragen, hinderte auch jetzt die Ausführung des schon gefaßten Entschlusses und erpreßte wahrscheinlich auch die dritte [3]).

Nachdem nun aber im J. 708, während der Schwangerschaft der Tullia, die Scheidung wirklich zu Stande gekommen war, hielt es mit der Rückzahlung noch weit schwerer, als mit der Hinzahlung. Die Dos war restipulirt, wie man aus der Bestellung von Sponsoren sieht (ad Attic. 16., 15. §. 2.) und das Recht einer vom Vater bestellten receptitia dos es mit sich brachte. Doch scheint das Billigkeitsrecht der uxoria res hinsichtlich der drei Jahresfristen in diese Stipulation aufgenommen worden zu seyn. Im J. 709 sah Cicero

---

2) Ad Attic. 11., 2. und 4.
3) Ibid. 11., 23 fin. und 25. §. 2. ad famil. 14., 13.

der Rückzahlung des ersten Drittheils entgegen [4]), er hoffte selbst Repräsentation des ganzen Kapitals [5]). Aber die erste Rate wurde fällig und Dolabella war auf Reisen, in Spanien bei Cäsar [6]). Auch im folgenden Jahre hängt die Sache noch; Dolabella oder seine Bevollmächtigten hatten für einen Theil der Schuld Anweisung auf unsichere Schuldner gegeben, und er selbst war noch unsicherer; das Kapital war, vermuthlich durch Hinausrückung des Zahlungstages, schon am 1. Januar 710 fällig, aber noch im Spätjahr hatte er selbst oder sein Wechsler nicht bezahlt, und auch mit den Anweisungen war es noch nicht in Richtigkeit; Cicero aber bedurfte das Geld dringend, weil er selbst vielfach verpflichtet war [7]). Er schrieb im Herbst selbst einen etwas

---

4) Ad fam. 6., 18. §. 5. Me Romae tenuit omnino Tulliae meae partus. Sed quum ea, quemadmodum spero, satis firma sit: teneor tamen, dum a Dolabellae procuratoribus exigam primam pensionem.

5) Ad Attic. 13., 29 fin. Dolabellae nomen iam expeditum videtur, ut etiam repraesentatione (vielleicht repraesentari omne) confidam.

6) Ad Attic. 12., 8. De Cicerone, multis res placet; comes est idoneus. Sed de prima pensione ante videamus. Adest enim dies et ille currit. 12, 12. De dote, tanto magis perpurga (bringe die Sache aufs Reine). Vergl. Phil. 2., 30. ad fam. 9., 10. 11. ad Attic. 12., 38. §. 2.

7) Ad Attic. 16., 2. 3. §. 5. Maxime autem me angit ratio reliquorum meorum: quae quanquam explicata sunt, tamen et quod Dolabellae nomen in iis est et attributione (vermöge der von ihm mir geschehenen Attribution — wahrscheinlich durch cedirte Klagen) mihi nomina ignota, conturbor (doch möchte zu lesen seyn: et attributio nectit mihi nomina ignota, weil sonst quod et Dolabellae stehen müßte). 14., 18. §. 1. O hominem pudentem! Kal. Jan. debuit, adhuc non solvit. Ad fam. 16.,

scharfen Brief an Dolabella [8]), und wartete nun, „ob er ihm etwas klingen (zahlen) würde, oder sein (durchgefallenes) Schulderlassungsgesetz wenigstens für dieses Kapital durchgesetzt habe" [9]). Da aber auch dieses nichts half, sprach er sich über die weiter zu ergreifenden Maaßregeln gegen seinen Atticus folgendermaßen aus (ad Attic. 16., 15. §. 1. 2.):

Ego, si me non improbissime Dolabella tractasset, dubitassem fortasse, utrum remissior essem, an summo iure contenderem. Nunc vero etiam gaudeo, mihi causam oblatam, in qua et ipse sentiat et reliqui omnes me ab illo abalienatum: idque prae me feram, et quidem me mea facere et rei publicae causa, ut illum oderim: quod, quum eam me auctore defendere coepisset, non modo deseruerit, emptus pecunia, sed etiam, quantum in ipso fuit everterit. 2. Quod autem quaeris, quomodo agi placeat, quum dies venerit; primum velim eiusmodi sit, ut non alienum sit me Romae

---

24. De attributione conficies.... Dolabellae procuratores fac ut admoneantur. Für ihn selbst sollte der Wechsler Vettianus zahlen, über dessen Saumseligkeit er sich bei Cicero beschwerte, ad Attic. 15., 13. §. 5., wo dieser die ganze Forderung schon verloren giebt. Auch Atticus schrieb von Dolabellae ἀπιστίᾳ (Zahlungsunvermögen) ibid. 14., 19. §. 1.

8) Ad Attic. 14., 18. §. 1. Sed, ut ad te eo ipso die scripseram, satis aculeatas ad Dolabellam literas dedi: quae si nihil profecerint, puto fore, ut me praesentem non sustineat.

9) Ad Attic. 14., 21. fin. . . . ecquid Dolabella tinniat, an in meo nomine tabulas novas fecerit.

esse; de quo, ut de ceteris, faciam, ut tu censueris. De summa autem agi prorsus vehementer et severe volo. Etsi sponsores appellare videtur habere quandam δυσωπίαν: tamen hoc, quale sit, consideres velim. Possumus enim, ut sponsores appellentur, procuratores introducere; neque enim illi litem contestabuntur: quo facto non sum nescius sponsores liberari. Sed et illi turpe arbitror, eo nomine, quod satisdato debeat, procuratores eius non dissolvere; et nostrae gravitatis, ius nostrum sine summa illius ignominia persequi. De hoc quid placeat, rescribas velim: nec dubito, quin hoc totum lenius administraturus sis.

Der erste Theil dieser Stelle (§. 1.) macht gar keine Schwierigkeit. Es mag dazu nur bemerkt werden, daß, wenn Cicero als Grund der strengeren Saiten, die er nun aufspannt, sein Interesse für die von Dolabella verrathene gute Sache angiebt, er damit hauptsächlich nur im Auge hatte, wie er sein Verfahren im Publikum beurtheilt wünschte. Es hatte ihn wohl empört, daß Dolabella sich von Antonius hatte erkaufen lassen, aber er war inzwischen von ihm, dem jetzigen Oberbefehlshaber in Syrien, zum Legaten ernannt worden, und hatte noch brieflich schön mit ihm gethan. Der wirkliche Hauptgrund war, wie man aus dem Verfolge desselben Briefes (§. 5.) sieht, die dringendste eigene Geldverlegenheit, die selbst seine Ehre bedrohte.

Schwierig ist dagegen der zweite Theil der Stelle

erschienen. Keller hat ihr in seinem Werk über die Litiscontestation S. 462—478. eine ausführliche Untersuchung, Orelli in seiner Ausgabe eine lange Note gewidmet. Beide stimmen darin überein, daß ein genügender Sinn in der Stelle nur dann gefunden werden könne, wenn man vor appellentur — gegen die Autorität aller Handschriften, da Ursinus' angeblicher Codex nicht in Betracht kommen kann — ein non einschiebe. Ich halte diese Lesart und die darauf gestützte Erklärung für durchaus unzulässig. Da jedoch Keller selbst die richtige Lesart und zum Theil auch das nach ihr sich ergebende, bereits von Ernesti angedeutete Verständniß der Stelle auch für möglich erklärt, so würde es kaum der Mühe verlohnen, die einzige Möglichkeit derselben in einem besonderen Aufsatze zu rechtfertigen, wenn nicht die Stelle überhaupt von großem Interesse für die Rechtsgeschichte und, wie es scheint, noch nicht nach allen Seiten hinlänglich gewürdigt wäre.

Keller's Erklärung ergiebt sich vollständig aus seiner Uebersetzung oder vielmehr Umschreibung des schwierigen Theils der Stelle:

> Es soll die Summe strenge beigetrieben werden, und wenn es eine gewisse Scheu vor Dolabella verrathen sollte, sogleich die Sponsoren zur Zahlung aufzufordern, so bedenke doch, ob es so ginge. Wir können nämlich, die Sponsoren bei Seite gelassen, die Procuratoren vornehmen, denn sie werden nicht Litem contestiren; wodurch freilich, wie ich wohl weiß, die Sponsoren frei werden wür-

den. Allein da steht wieder dieß entgegen: Es scheint mir ihn zu compromittiren, daß seine Procuratoren eine Schuld, für die er Bürgen gestellt hat, nicht bezahlen, und auf der andern Seite erfordert es unsere eigene Würde, daß wir unser Recht ohne seine höchste Schande verfolgen.

Keller fügt zwar noch folgende andere Uebersetzung hinzu:

Es soll die Summe streng beigetrieben werden, und wenn es eine etwas schlechte Miene haben sollte, sogleich die Sponsoren zur Zahlung aufzufordern, so bedenke doch, ob es so ginge. Wir können nämlich, die Sponsoren bei Seite gelassen, die Procuratoren vornehmen, denn sie werden nicht Litem contestiren; wodurch freilich, wie ich wohl weiß, die Sponsoren frei werden würden. Aber theils blamirt es ihn doch, daß seine Procuratoren eine Schuld, für die er Bürgen gestellt hat, nicht bezahlen, theils ist es unserer Würde angemessen, unser Recht auch wieder ohne seine äußerste Schande (die man ihm eben anthäte, wenn man die Bezahlung gar nicht von ihm, sondern sogleich von den Bürgen einforderte) zu verfolgen.

Er selbst meint, diese zweite Erklärung scheine an sich vor der ersten bei weitem den Vorzug zu verdienen, er hält sie aber für unmöglich, weil sie dem Wort δυσωπία, welches nach dem Sprachgebrauch stets eine falsche

Scheu bedeute, und in diesem Sinne auch bei Cicero vorkomme, den Sinn von etwas, dessen man sich zu schämen hätte, beilege.

Um nun gleich erst diesen Punkt aufs Reine zu bringen, so ist es ein Irrthum, wenn Keller mit manchen selbst philologischen Vorgängern glaubt, das Wort δυσωπία habe stets jenen Sinn einer falschen Scham (Verschämtheit, falsche Blödigkeit). Δυσωπεῖν heißt, wie man aus den Lexicographen sieht, Jemandes Auge widrig berühren, und ihn dadurch bewegen, daß er das Auge niederschlägt, also ihn beschämen (pudorem iniicere, confundere), δυσωπεῖσθαί τινα sich vor Jemandem schämen, scheuen, schüchtern seyn, und daher auch δυσωπία die Beschämung, der Zustand dessen, der sich über das, was er thut, schämt oder schämen muß. Für die Bedeutung falsche, übertriebene Scham hat man sich hauptsächlich auf die Schrift des Plutarch περὶ δυσωπίας berufen (Opp. ed. Reisk. Vol. VIII. p. 95—122.) und allerdings gebraucht er das Wort dort so. Aber man hat nicht beachtet, daß er selbst (p. 99.) diese Bedeutung als eine von den Stoikern in ihrem ethischen Systeme angenommene Schulterminologie bezeichnet, um die Möglichkeit einer schädlichen Verwechselung ehrenwerther und falscher Scham, welcher der gewöhnliche Sprachgebrauch bei den Synonymen αἰσχύνεσθαι, δυσωπεῖσθαι und αἰδεῖσθαι unterworfen ist, von vorn herein durch die Wahl verschiedener Ausdrücke für die eine und die andere abzuschneiden [10]). Damit bestätigt er also

10) Er sagt: ὅθεν εὐθὺς οἱ Στωϊκοὶ καὶ τῷ ῥήματι τὸ αἰ-

gerade, daß nach dem gemeinen Sprachgebrauch auch *δυσωπία* nur Scham überhaupt bedeutet, wie pudor und verecundia im Lateinischen. Daß aber die Stoiker das Wort zur Bezeichnung einer übertriebenen, falschen Scham wählten, hat wohl darin seinen Grund, weil es nach seiner ursprünglichen Bedeutung eine auch im Aeußern hervortretende Verlegenheit (das Niederschlagen der Augen) ausdrückt, während *αἰδεῖσθαι* mehr auf innere, geistige, sich in Schranken haltende Scham geht. Auch dieses deutet Plutarch an [11]). In jenem gewöhnlichen Sinne hat aber — was das Wichtigste ist — auch Cicero das Wort in der Stelle gebraucht, auf die man sich zum Beweise des Gegentheils beruft: ad Attic. 13., 33. §. 2. De hortis Scapulanis in Virgilio mihi nulla est *δυσωπία*. Nec enim eius causa sane debeo: et si emero, quid erit, quod postulet? Das hier berührte Rechtsverhältniß ist uns nicht vollkommen bekannt. Virgilius war, wie man gewöhnlich annimmt, einer der Miterben des Cicero in der Erbschaft des Scapula, und es scheint also davon die Rede zu seyn, wer von

---

σχύνεσθαι καὶ δυσωπεῖσθαι τοῦ αἰδεῖσθαι διέστησαν, ἵνα μηδὲ τὴν ὁμωνυμίαν τῷ πάθει πρόφασιν τοῦ βλάπτειν ἀπολίπωσιν.

11) L. c. p. 96. *ὑπερβολὴ γὰρ τοῦ αἰσχύνεσθαι, τὸ δυσωπεῖσθαι. διὸ καὶ οὕτω κέκληται, τρόπον τινὰ τοῦ προσώπου τῇ ψυχῇ συνδιατρεπομένου καὶ συνεξαπονοῦντος. ὡς γὰρ τὴν κατήφειαν ὁρίζονται λύπην κάτω βλέπειν ποιοῦσαν, οὕτω τὴν αἰσχυντηλίαν μέχρι τοῦ μηδ᾽ ἀντιβλέπειν τοῖς δεομένοις ὑπείκουσαν δυσωπίαν ὠνόμασαν.* Das Wort *αἰσχύνεσθαι* gebrauchten die Stoiker ohne Zweifel darum mit *δυσωπεῖσθαι* gleichbedeutend, weil es ein heftiges *αἰδεῖσθαι*, womit es sprachlich zusammenhängt, ausdrückt, ein solches, wie es das *αἰσχρὸν* im Menschen bewirkt.

den Miterben die Scapulanischen Gärten an sich bringen würde. Dem sey nun aber, wie ihm wolle, so viel sehen wir aus der Stelle selbst, Cicero wollte gern die Scapulanischen Gärten kaufen, Atticus hatte dieses bedenklich gefunden, weil er dem Virgilius damit in den Weg treten würde, dessenhalben er gewisse Verpflichtungen auf sich genommen habe; Cicero aber hält dieses Bedenken für nicht begründet, weil er in der That nicht um Virgilius willen jene Verbindlichkeiten auf sich habe und, wenn er kaufe, Virgilius nichts von ihm fordern, er ihm frei unter die Augen treten könne. In diesem Zusammenhange kann der erste Satz nichts Anderes heißen, als: „Wegen der Scapulanischen Gärten habe ich rücksichtlich des Virgilius keinen triftigen Grund zur Schen, d. h. mich durch die Rücksicht, daß mir dieses als etwas Unehrenhaftes verdacht werden könnte, zurückhalten zu lassen". Hierzu kommt noch, daß Cicero da, wo er den Begriff einer falschen Delicatesse ausdrücken will, sich des Lateinischen stulta verecundia bedient ad Attic. 14., 5. §. 2. O meam stultam verecundiam, qui legari noluerim ante res prolatas etc. Fragt man aber, warum er denn nicht auch für δυσωπία lieber pudor oder verecundia sagte, so liegt der Grund wohl darin, daß die haute volée der damaligen Zeit in dergleichen Dingen des Anstandes und feineren Ehrgefühls sich überhaupt gern auch der Sprache der vornehmen Welt bediente, wie wir auch z. B. lieber sagen: die Furcht, malhonett oder indelicat (statt anstößig) zu handeln.

Nachdem nun der richtige Sinn von δυσωπία bestimmt ist, folgt eigentlich die Erklärung der ganzen Stelle von selbst.

Cicero unterscheidet den dies und die summa selbst. Wahrscheinlich waren seit der ersten Fälligkeit des Kapitals oder doch der fraglichen ersten Rate desselben, da die Zahlung nicht erfolgte, immer wieder kleine Fristen, etwa von den Kalenden zu den Iden und wieder zu den Kalenden bewilligt worden, so daß man sich einstweilen mit den ohne Zweifel stipulirten Zinsen begnügte. Darauf geht die Aeußerung aus einem früheren Monat dieses Jahres ad Attic. 14., 20. §. 2. L. Antonii horribilis concio, Dolabellae praeclara (über des ersteren Ackergesetz). Iam vel sibi habeat nummos, modo numeret Idibus. Im Gefühl der Freude über die Bekämpfung seines Gegners wollte Cicero damals von der Zahlung des Kapitals im nächsten Termin absehen, wenn nur die Zinsen richtig abgetragen würden. Jetzt war er nicht mehr so gesinnt, es sollte nun zur Beitreibung des Kapitals selbst geschritten werden, was er selbst besorgen wollte. Er überläßt nun die Bestimmung des letzten Termins dem Atticus, bittet aber, ihn so zu bestimmen, daß ihm dann seine Anwesenheit in Rom nicht aus andern Gründen ungelegen sey.

Wegen des Kapitals selbst will nun aber Cicero nach der Rechtsstrenge verfahren wissen. Den Gedankengang des Folgenden im Allgemeinen wird eine Uebersetzung klar machen.

Obgleich es scheinen möchte, daß die Bürgen zu

mahnen mich eine gewisse Scheu abhalten müßte (= mir als ein nicht ehrenhaftes Verfahren verdacht werden würde), so überlege doch, ob es nicht in folgender Weise anginge. Wir können nämlich, um die Bürgen (ohne Gefahr eines deshalb zu besorgenden Vorwurfs) zu mahnen, die Procuratoren (des Dolabella) hereinziehen (indem ich sie vor Gericht rufe); denn diese werden nicht Litem contestiren, wodurch, wie ich wohl weiß, die Sponsoren frei werden würden. Dagegen empfiehlt sich dieses Verfahren dadurch, daß es einestheils, wie ich meine, für jenen schimpflich ist, wenn seine Procuratoren eine Schuld nicht zahlen, wofür er Bürgen gestellt hat, anderentheils es meiner Würde entspricht, wenn ich mein Recht ohne seine äußerste Schande verfolge.

Cicero konnte, wenn er summo iure contendere wollte, zwei Wege einschlagen, einen strengeren und einen milderen. Der erste war, Dolabella zu belangen, oder vielmehr, da er nicht in Rom war und voraussichtlich Niemand als sein Procurator oder Defensor mit der gehörigen Satisdation ihn vertheidigen würde, auf possessio et proscriptio, später auf venditio bonorum anzutragen. Diesen Weg, der geradezu zur Infamia und zum völligen Ruin seines Schuldners geführt haben würde, hielt er mit seiner Würde nicht vereinbar, und darauf gehen die bisher durchgängig mißverstandenen Worte et nostrae gravitatis, ius nostrum sine summa illius ignominia persequi. Der andere Weg

war, die Bürgen anzugreifen. Diesen will er wählen und ihn rechtfertigt er in dem bestrittenen Theil der Stelle gegen die Einwendungen, die er dawider von Atticus' Seite voraussah, indem er eine Art und Weise ihn einzuschlagen aufstellt, welche jene voraussichtlichen Einwendungen nicht trafen und die auch sonst ihm durchaus angemessen schien. Schon diese seine Absicht, die Bürgen zu mahnen, und einen angemessenen Weg, auf welchem dieses ohne Bedenken geschehen könne, seinem Freunde klar zu machen, zeigt nun die Unmöglichkeit, ut sponsores non appellentur zu lesen. Indem er mit einem Etsi, welches die Einwendung gegen seine Intention (das sponsores appellare) anzeigt, beginnt, und nachher in dem Satze possumus enim den Weg zu diesem Ziele zu gelangen, ohne daß dann jene Einwendung Kraft behält, nachweist, erfordert dieser Gedankengang durchaus eine affirmative Angabe dieses Zieles (ut sponsores appellentur).

Worin besteht nun aber der Inhalt der Einwendung, die *δυσωπία*, welche von dem sponsores appellare schien zurückhalten zu müssen? Keller meint, in der Beleidigung des Hauptschuldners, welche nothwendig damit verbunden gewesen wäre, wenn man, statt an ihn sich zu halten, gleich die Bürgen angegriffen, und damit die schlechte Meinung, die man von seiner Oekonomie hegte, zu erkennen gegeben hätte. Er beruft sich dafür auf L. 19. D. de iniuriis (47., 10.), wo Gaius sagt: Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriarum

tenetur. Allein die durchaus wesentlichen Voraussetzungen der hier angenommenen Beleidigung, cui paratus sum solvere und in injuriam meam, fehlen in unserem Falle, wo Cicero sich fruchtlose Mühe genug gegeben hatte, von Dolabella in Güte Zahlung zu erhalten, und blos sein gutes Recht verfolgen wollte, ganz und gar. Daß aber, diese Voraussetzungen weggedacht, der Hauptschuldner es seinem Gläubiger als eine Rücksichtslosigkeit gegen ihn sollte vorwerfen können, wenn er sich, da er ihn nicht bezahlt hat, nun an die Bürgen wendet, ist aus allgemeinen Gründen nicht zu begreifen. Vielmehr liegt der Grund zu der Scheu, die Bürgen vor dem Hauptschuldner zu belangen, in der Rücksicht auf jene, bei denen auch der Gläubiger sich erinnern muß, daß sie als bloße Nebenschuldner sich verpflichtet und dem Hauptschuldner damit einen gefahrvollen Freundesdienst geleistet haben. Dieses nicht zu beachten und sie ohne Noth geradezu in Anspruch zu nehmen, während man noch von dem, den allein eigentlich die Sache angeht, Zahlung erlangen kann, verräth jedenfalls einen Mangel an Gefühl für Billigkeit und setzt daher der allgemeinen Mißachtung aus. Bekanntlich hat Justinian diese Billigkeitsrücksicht sogar zu einem Zwangsrecht erhoben, indem er den Fidejussoren, Mandatoren und Constituenten in Nov. 4. pr. c. 1. 2. das beneficium excussionis ertheilte. Daß er aber hiermit nicht einen dem Römischen Recht bisher ganz unbekannten Rechtssatz aussprach, sagt er selbst, indem er mehrfach bezeugt, es sey dieses schon ein altes, freilich aber, er wisse selbst

nicht wie, aus der Praxis verschwundenes Gesetz; nur für den Fall, daß der Hauptschuldner abwesend sey, habe jenes Gesetz nicht die gehörigen Distinctionen zur Abhülfe enthalten, obgleich der große Papinian darüber zuerst Belehrung ertheilt, d. h. jenen Rechtsgrundsatz aufgebracht habe. Was es nun mit diesem ältern Gesetz für eine Bewandniß habe, ist freilich dunkel, da die in Justinian's Sammlung übergegangenen Rescripte von Severus mit seinem Sohne Antoninus, dem letztern allein, und Diocletian und Maximian unzweideutig das Recht aussprechen, der Gläubiger habe die freie Wahl, die Bürgen oder den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen, wenn nicht von vorn herein etwas Anderes ausgemacht sey [12]). Dabei ist es aber bemerkenswerth, daß in den Pandekten keine Stelle eines Römischen Juristen von gleichem Inhalt sich findet; umgekehrt setzt ein Respons von Papinian den Fall, daß Bürgen der satisdatio rem pupilli salvam fore verlangt, daß der Mündiggewordene erst den Tutor selbst belangen sollte, und deshalb novirend ihm das versprochen hatten, was er von jenem nicht erlangen würde [13]) — eine Voraus-

12) L. 3. 5. 19. 20. 23. C. de fideiuss. (8., 41.).

13) L. 7. D. de fideiuss. tutor. (27., 7.). Papinianus lib. 3. Resp. — Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret, petierant, atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros, quod ab eo servari non potuisset. placuit, inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum (man lese fideiussorium) susceptum videretur. Nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim, quod datum,

setzung, die anzuzeigen scheint, daß sie ein Recht hatten, dieses zu verlangen.

Zur vollkommenen Bestätigung, daß nach alter Römischer Rechtsansicht und Gewohnheit es wenigstens für eine Sache des pudor, und zwar um des Bürgen, nicht um des Schuldners willen, angesehen würde, den ersteren nicht ohne die höchste Noth vor dem letzteren zu belangen, dient nun aber folgende Stelle des Quintilian. Decl. 273. Nachdem zum Voraus bemerkt worden Priusquam venimus ad causam, praeparare debebimus animum iudicis pro ipsa persona sponsoris, beginnt die Declamation selbst also:

> Petitur a nobis (dem Sponsor) pecunia, quam non accepimus, non consumpsimus, non in ullum rerum nostrarum usum convertimus. Etiam cum istud periculum est sponsoris, miserabile est; bonitate labitur, humanitate conturbat. Hoc quo pertinet? non, ut extorqueam vobis, iudices, religionem: sed ut intelligatis, quod profecto cognoscitis, non esse exigendum a sponsore creditum, nisi iure summo. De quo priusquam loquor, etiamnum ea, quae humanitatis et consuetudinis gratia dici solent, non omitto. Debitorem appellasti? cum ipso, cui dederas pecuniam, egisti? [14]) Non enim aliter salvo pu-

---

pro alio (man lese quod datur, pro alio) solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?

14) Fälschlich setzen die Ausgaben hier ein Punctum, wodurch die Stelle sinnlos wird.

dore ad sponsorem venit creditor, quam si a debitore recipere non potest.

Mit der *δυσωπία*, die Cicero als Einwand des Atticus gegen das sponsores appellare voraussetzte, hatte es also seine Richtigkeit. Allein er giebt ihm zu bedenken, daß dieselbe wegfallen würde, wenn man zuerst die Procuratoren introducirte. Dieses Ausdrucks bedient sich Cicero, weil die Procuratoren nicht in ius vocirt, sondern nur durch ihre Pflicht, sich des Vertretenen anzunehmen, zum Erscheinen vor Gericht bewogen werden konnten. Zugleich liegt darin aber auch wohl eine Beziehung darauf, daß dieses Hereinbringen der Procuratoren nach Cicero's Meinung nur ein Scheinmanöver seyn sollte, um gegen die Bürgen sagen zu können, man habe gegen den Schuldner selbst alles Mögliche versucht. Gegen diesen Vorschlag sieht nun aber Cicero wieder den Einwand des Atticus voraus: wenn die Procuratoren belangt würden, so verliere er ja damit lite contestata die Klage gegen die Bürgen und könne also diese nicht mehr in Anspruch nehmen. Deshalb setzt er — zugleich als Rechtfertigung des Ausdrucks introducere, insofern damit nur ein Scheinmanöver bezeichnet werden sollte — hinzu: Neque enim illi litem contestabuntur, quo facto non sum nescius sponsores liberari. Daß er aber diese Verweigerung der litis contestatio von Seiten der Procuratoren mit solcher Gewißheit annehmen konnte, ist bei den ihnen gewiß am besten bekannten Vermögensverhältnissen des Dolabella nicht zu verwundern. Da die Forderung selbst ganz zweifel-

los war, so hätten sie ja dann dessen und seiner Bürgen Schuld nur auf sich und die von ihnen in der satisdatio iudicatum solvi zu stellenden Bürgen übernommen, und würden eben so gut wie im Fall einer sofortigen Zahlung, die hier jedenfalls vernünftiger gewesen wäre, mit der mandati contraria actio von dem insolventen Dolabella jedenfalls nichts wieder bekommen haben.

Wenn nun aber Cicero auf diesem Wege noch etwas gegen den Hauptschuldner unternahm, so schien es ihm auch wieder nicht angemessen, darin so weit zu gehen, daß er nun auch noch auf Execution gegen ihn antrüge, und die Bürgen erst auf das, was durch den Güterverkauf nicht gedeckt würde, belangte — was an sich zulässig gewesen wäre, da in den Executionsmaaßregeln nichts liegt, wodurch die Haupt- und Bürgschaftsschuld aufgehoben würde. Es war ihm ganz recht, daß auf Dolabella ein kleiner Schandfleck fiel, damit er et ipse sentiat et reliqui omnes, me ab illo abalienatum: idque prae me feram, et quidem me mea facere et rei publicae causa, ut illum oderim. Dieser lag aber schon darin, daß die Procuratoren eine Schuld für ihn nicht zahlten (denn die Nichtzahlung stand der verweigerten litis contestatio, wie bemerkt, hier gleich), wofür er Bürgen gestellt hatte — eine Art von Schuld, wo die Zahlung immer eine Ehrensache für den Hauptschuldner ist, um die Bürgen nicht in Verlegenheit zu setzen [15]). Ihn der wirklichen Infamie aus der Execu-

15) Cic. ad Attic. 16., 6. §. 3. Quin, si, ut spero, cele-

tionsstrenge auszusetzen, hielt er aber wieder für auf diesem Wege zu weit gegangen. So sehen wir also, daß man zu Cicero's Zeit, oder daß wenigstens dieser selbst dem Vorwurfe der Unbilligkeit, die in der Heranziehung der Bürgen vor dem Hauptschuldner lag, zu entgehen glaubte, wenn man sich, obgleich vergeblich, Mühe gegeben hatte, den Hauptschuldner zu belangen, eine Ausklagung desselben aber nicht für nöthig hielt. Weiter scheint hier Quintilian zu gehen; er fragt nicht blos: debitorem appellasti, sondern auch noch: cum ipso, cui dederas pecuniam, egisti? und nach ihm soll man den Bürgen nicht anders schicklich belangen können, quam si a debitore recipere non potest.

Wenn nun aber das Letztere, wie wir nach Justinian's Aeußerungen glauben müssen, herrschende Ansicht wurde, wie vertrug es sich damit, daß durch die litis contestatio mit dem Hauptschuldner der Bürge befreit wurde? Denn die Sicherung durch den Bürgen wäre überhaupt eine illusorische gewesen, wenn man ihn, ohne zuvor den Gläubiger auszuklagen, ohne Schmach nicht hätte belangen können, durch jene Ausklagung aber

riter in Epirum, hoc, quod satisdato debeo, peto a te, ut ante provideas planeque expedias et solutum relinquas. Hierauf beruht es, daß eine solche Schuld im Zweifel eher als bezahlt angenommen wird, als eine ohne Bürgen. L. 4. 5. pr. D. de solut. (46., 3.). Man muß sie daher auch noch der Pfandschuld vorziehen, wenn der Schuldner dieses Pfand selbst bestellt hat, und vielleicht selbst dem sub poena debitum, weil darin nur ein Vermögensschaden liegt. Sie kommt also unmittelbar auf das ex famosa causa debitum und das, was zu einer wirklichen Infamie führen könnte, wie das Judicat. L. 7. 97. D. eod.

wieder der Bürge verloren gegangen wäre? Wegen dieses Bedenkens glaubte ohne Zweifel Julian, daß, wenn der Bürge so verpflichtet wäre: si reus quadraginta non solverit, fide tua esse iubes? er schon hafte, sobald der Hauptschuldner auf geschehene Mahnung nicht gezahlt oder vor der Mahnung gestorben wäre [16]); wegen dieses Bedenkens blieb auch bis zur Mitte der Kaiserzeit dem Gläubiger stets sein äußeres Recht, zwischen Bürgen und Schuldner zu wählen. Allein eben dieser Punkt war es auch, wie wir glauben, wo Papinian's Rechtsweisheit einschritt, indem er einerseits ein Mittel nachwies, wie der Gläubiger ungeachtet der Vorausklagung des Schuldners sein billiges Recht gegen die Bürgen behalten könnte, andererseits aber auch den Gläubiger mittels einer außerdem ihm vom Bürgen entgegenzusetzenden doli exceptio nöthigte, erst den Hauptschuldner auszuklagen, und so — wie es seiner edeln Denkungsart entsprach [17]) — die Forderungen der Billigkeit und des Anstandes mit denen des strengen Rechts in Einklang setzte. Jenes Mittel bestand nämlich, wie die oben angeführte L. 7. D. de fideiuss. tut. zeigt, darin, daß der in Anspruch genommene Bürge sich erbot, seine Bürgschaftsschuld in eine Verpflichtung wegen dessen, quod creditor a debitore servare non posset zu verwandeln. Enthielt sie so auch noch ein onus fideiussorium, weshalb Papinian darauf auch im Falle ei-

16) L. 16. §. 6. D. de fideiuss. (46., 1.). Vergl. L. 42. pr. D. de reb. cred. (12., 1.).

17) L. 15. D. de condit. instit. (28., 7.).

ner Mehrheit von Bürgen das beneficium divisionis anwandte (Lit. 7. cit.), so war sie doch formell nicht mehr eine Bürgschaftsschuld, die wesentlich immer auf idem lauten mußte, sondern eine selbstständige bedingte Schuld, die in keiner Beziehung mit der des Hauptschuldners identisch, auch von der litis contestatio mit jenem nicht ergriffen wurde [18]. Ueberhaupt aber wird dieses die praktische Bedeutung dieser seit Papinian auch sonst mehrfach erwähnten Art von Bürgschaft gewesen seyn [19]. Man verpflichtete nun oft auch schon von vorn herein auf diese Weise, statt deren Erzwingung durch vorgehaltene doli exceptio abzuwarten, und nannte daher sehr natürlich auch diese Art von Verpflichteten fideiussores, obgleich sie es streng genommen nicht waren. Daß nun aber jener Papinianische Rechtssatz zu Justinian's Zeit wieder abgekommen war, und keine Stellen von Römischen Juristen weder für noch gegen denselben in die Pandekten aufgenommen wurden, mag darin seinen Grund haben, daß er nicht allgemein durchdrang. Vielleicht behauptete man ihn schlechthin nur für prätorische und andere erzwingbare Satisdatio-

18) Wie dieses auch wieder Papinian näher auseinandersetzt L. 116. D. de verb. obl. (45., 1.). Vgl. L. 21. D. de solut. (46., 3.). Doch war das Recht der Stipulation quanto minus a Titio consecutus fuero — aber nicht in Anwendung auf die Bürgschaft — schon früher entwickelt worden, so daß Papinian es nur hier anzuwenden brauchte. L. 42. pr. D. de reb. cred. (12., 1.) von Celsus, und L. 150. D. de verb. signif. (50., 16.) von Gaius.

19) L. 41. pr. D. de fideiuss. (46., 1.) von Modestin, und L. 17. C. eod. (8., 41.) von Gordian.

nen, weil hier das, was die Billigkeit mit sich bringt, auch in andern Beziehungen berücksichtigt wurde [20]); wenigstens scheint es nicht zufällig, daß sowohl L. 7. cit. als auch L. 41. pr. cit. auf die satisdatio des Vormunds sich bezieht, während die Codexstellen, die das benef. excussionis ignoriren, auf freiwillige Satisdationen gehen; denn bei diesen konnte man mit Grund sagen: wenn die Parteien eine solche gemilderte Bürgschaft gewollt hätten, so würden sie dieselbe ja auch mit der Formel quod servare a debitore non potuero, ausgedrückt haben. Vergl. L. 5. und 19. C. de fidejuss. (8., 41.). Außerdem mochte gegen den Rechtssatz eingewandt werden, er sey alsdann wieder unbillig, wenn der Hauptschuldner nicht gegenwärtig sey, und diese Gegenwart näher zu bestimmen, ging doch über die Macht der bloßen Jurisprudenz hinaus: hierauf bezieht sich denn das, was Justinian „dem alten Gesetz" wegen gewisser ihm mangelnder Distinctionen zum Vorwurf macht und worin er eine nothwendige Nachhülfe anbrachte. So hielt man sich denn in der Praxis lieber an den einfachen Satz, daß, wenn der Bürge nicht selbst für sich gesorgt habe, dem Gläubiger die freie Wahl zwischen ihm und dem Hauptschuldner bleibe, und nahm aus den mit jenen Controversen erfüllten Büchern der

20) Außer der ihnen stets beigefügten doli clausula erinnere man sich, daß eine bedungene Pön bei prätorischen Stipulationen nicht mit dem bloßen Ablauf des Erfüllungstages, wie bei freiwilligen Stipulationen, wirklich verfiel, sondern dem Schuldner wegen triftiger Entschuldigungsgründe eine doli exceptio gegeben wurde. L. 2. D. si quis caution. (2., 11.).

ältern Juristen nichts über diese Materie in die Pandekten auf. Jene Justinianische Nachhülfe bei Wiedereinführung des Rechtssatzes bestand nun aber darin, daß der Bürge das beneficium excussionis schlechthin nur haben sollte, wenn der Hauptschuldner gegenwärtig sey, wobei der Kaiser übrigens in Gemäßheit eines früher von ihm erlassenen Gesetzes [21]) von der Ansicht ausging, daß nicht schon die bloße litis contestatio mit dem Hauptschuldner, sondern erst die Zahlung den Bürgen befreit, weshalb die ehemalige neue Verpflichtung des Bürgen vor Gericht de eo, quod creditor a debitore principali servaturus non esset, unnöthig wurde; wenn dagegen der Hauptschuldner nicht anwesend sey, sollte dem dem Gericht angezeigten Bürgen von diesem eine Frist zur Herbeischaffung des Hauptschuldners und, nachdem er zurückgekommen, eine abermalige zur Aufnahme der Klage gesetzt werden, so daß erst, wenn diese fruchtlos abgelaufen sey, der Bürge gegen Cession der Klage wider den Hauptschuldner sich mit dem Gläubiger einlassen müsse.

Merkwürdig ist außerdem in der Stelle des Cicero noch, daß er es als zweifellosen Rechtssatz aufstellt: durch die Litiscontestation des Procurators — die also überhaupt zulässig war — werde die Obligation, aus der geklagt wird, consumirt. Mit diesem ganz klaren Zeugniß stimmt die Darstellung der meisten Neuern keineswegs überein. Nach ihnen [22]) galt dieses nur für

21) L. penult. C. de fideiuss. (8., 41.).

22) Keller Litiscontestation §§. 39 — 42. S. 305 — 349.

den Cognitor; noch zu Gaius' Zeit deducirte der Procurator und eben so auch der Vormund nicht in litem, und mußte deshalb, wenn er für den Gläubiger auftrat, die cautio dominum rem ratam habiturum bestellen, da der Vertretene stets nochmals klagen konnte. Erst nach jener Zeit kam allmälig der Grundsatz auf — am ersten wohl für den, der den zu Belangenden vertrat — daß auch diese übrigen Stellvertreter durch die litis contestatio auf das Rechtsverhältniß des Vertretenen ipso iure einwirkten, wenn sie wirkliches Stellvertretungsrecht, der Procurator also Auftrag vom Dominus, hätten.

Man möchte nun, um diese gewöhnliche Ansicht mit der Stelle des Cicero in Uebereinstimmung zu bringen, einen Unterschied zwischen dem Stellvertreter des Beklagten und dem des Klägers behaupten; jener, von dem allein Cicero spreche, habe, obgleich er nicht cognitor war, von jeher den Hauptschuldner befreit; von diesem aber sey erst nach Gaius' Zeit angenommen worden, daß er, wenn er nur nicht falsus tutor, curator oder procurator sey, rem pupilli vel domini in iudicium deducire. So unterscheidet auch wirklich Keller [23]), obgleich ohne auf die Stelle des Cicero Bezug zu nehmen, nach einer Reihe von andern Stellen, die es außer Zweifel setzen, daß nach dem Grundsatz etiam inviti obligatione liberamur, schon zu Gaius' Zeit jeder

Hollweg Versuche S. 179 flg. Zimmern Gesch. des Civilproc. §. 157. 159. Puchta Cursus der Instit. §. 156. Bd. 2. S. 51 flg. Walter Gesch. des R. R. (1846.) §. 746.

23) a. a. O. S. 350.

Stellvertreter, selbst ein bloßer defensor ohne Auftrag, den Schuldner eben so durch iudicii acceptio, wie durch Zahlung oder Expromission befreite[24]). Allein Cicero scheint doch einen für alle Litiscontestation durch Procuratoren geltenden Rechtssatz auszusprechen, und wenn man für die Beschränkung auf Procuratoren des Beklagten anführen wollte, daß der vorliegende Fall von dieser Art war, so spricht für die Beziehung auf Procuratoren des Klägers, daß man litem contestari nicht leicht vom Beklagten, sondern nur vom Kläger zu sagen pflegt[25]). Mag nun aber auch der Gebrauch dieses Ausdrucks von den den Beklagten vertretenden Procuratoren dadurch erklärt werden, daß zu Cicero's Zeit wirklich noch beide Theile, wenn auch nur noch zum Beweise der litis contestatio vor dem iudex, Zeugen aufriefen, wie damals ja auch die Response der Rechtsgelehrten noch vor Zeugen ertheilt wurden, während man seit Anfang der Kaiserzeit die Response durch ein schriftliches Document und eben so die litis contestatio durch die an den iudex gerichtete formula bewies: das Wichtigste ist, daß es der gewöhnlichen Meinung an allen ausreichenden Gründen fehlt.

---

24) L. 23. D. de solut. (46., 1.) L. 10. §. 1. D. de in rem verso (15., 2.) L. 11. §. 7. D. de exc. rei iud. (44., 4.).

25) So auch Cic. pro Rosc. Com. 11. 12. 18. Doch war der Act allerdings ein beiderseitiger, Fest. v. Contestari, und jener Sprachgebrauch erklärt sich daraus, daß er im Interesse des Klägers vorgenommen wurde. Eben so gebraucht man bekanntlich obligatio in der Regel vom Gläubiger, es kommen aber auch einige Stellen vor, in denen es das Verhältniß des Schuldners bezeichnet.

26) Auf Cic. pro Rosc. Com. 18. Qui per se litem contestatur, sibi soli petit: alteri nemo potest, nisi qui cognitor

Ihre einzige Stütze [26]) ist Gai. 4., 98. Procurator vero si agat, satisdare iubetur, ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur, quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egisset. Hier versteht man das periculum so, als wenn der durch einen Procurator Vertretene stets noch einmal hätte klagen können, so daß das Ungewisse, welches im Begriff der Gefahr liegt, nur darin bestände, ob der Dominus sich entschließen wird, nochmals selbst zu klagen. Schwerlich aber ist dieses eine natürliche Erklärung. Von dem, wozu ein Anderer schlechthin gegen mich berechtigt ist, wird man nicht bloß sagen, es sey Gefahr für mich vorhanden, nochmals in Anspruch genommen zu werden. Ich bin hier geradezu noch Schuldner, mein Vermögen ist schlechthin noch um diese Schuld geringer, und so würde Gaius, wenn er dieses hätte sagen wollen, sich vielmehr so ausgedrückt haben: is enim, cuius nomine per procuratorem actum est, de eadem re ipse iterum agere potest. Weit näher liegt die Erklärung, daß der Belangte, wenn ein Procurator geklagt hat, alsdann immer noch wieder vom Dominus belangt werden kann, wenn

---

est factus, beruft man sich mit Recht nicht. In dieser Stelle liegt nach dem Zusammenhange gar kein Gegensatz des cognitor gegen andere Stellvertreter, sondern nur des Stellvertreters gegen den Interessenten selbst, und bloß der Cognitor ist erwähnt, weil dieses die gewöhnliche Art von Stellvertretern, ja damals die einzige Art von eigentlichen Proceßstellvertretern war.

jener keinen Auftrag hatte, und er doch nie so sicher, wie beim cognitor, wissen kann, ob der Procurator Auftrag hatte oder nicht, oder, wenn er einen solchen hatte, ob derselbe nicht vor der litis contestatio wie der durch Tod, Widerruf u. s. w. aufgehoben sey. Aehnlich auch beim Tutor und Curator. Das Princip für die Stellvertreter des Klägers war also: beim cognitor ist es schon formell gewiß, daß er in iudicium deducirt, bei den übrigen ist es nur möglich; darum cavirt jener niemals de rato, diese in der Regel stets. Nach dieser Erklärung behält der Ausdruck periculum seinen rechten gewöhnlichen Sinn einer bloßen Gefahr, nicht einer Gewißheit des Schadens und die Zulassung des Procurators oder Vormundes unter der Bedingung der satisdatio bleibt gerecht und den übrigen gerichtlichen Cautionen entsprechend, während es ganz unbillig wäre, den Beklagten zur Einlassung mit Jemandem zu nöthigen, von dem es gewiß wäre, daß er ihn von der Klage des eigentlich Berechtigten nicht befreie. Außerdem sprechen dafür aber auch noch folgende Gründe.

Wenn Gaius selbst gleich nachher (4., 99.) sagt, den Tutoren und Curatoren werde, obgleich sie nach den Worten des Edicts eigentlich eben so, wie die Procuratoren ratam rem caviren müßten, diese Caution doch oft erlassen, so erklärt sich dieses nun einfach daraus, daß das wirkliche Stellvertretungsrecht der Vormünder oft ganz unzweifelhaft ist, z. B. wenn der Prätor selbst sie erst eben ernannt hat, während man beim Procurator, der damals immer für einen Abwesenden auftrat, nie-

mals mit Sicherheit wissen konnte, ob er ex mandato domini handele. Auch ging man nun bloß auf derselben Bahn fort, als man dem bald nachher aufgekommenen procurator a praesente ad acta constitutus und in ähnlichen Fällen, wo das Mandat zweifellos war, die Caution ebenfalls erließ [27]), während hierin nach der gewöhnlichen Ansicht die Aufstellung eines ganz neuen Princips gelegen hätte. Ferner braucht man nun für eine Reihe von Stellen, die zum Theil von gleichzeitigen oder noch früheren Verfassern herrühren, und nach welchen nur ein falsus procurator nicht in iudicium deducirt, nicht Justinianische Interpolationen oder gewaltsame Erklärungen anzunehmen, um sie mit Gaius in Einklang zu bringen [28]).

Endlich sprechen auch innere Gründe dafür, daß man von jeher, seitdem überhaupt alieno nomine geklagt werden konnte, in iudicium deductio durch einen verus tutor, curator, procurator angenommen habe. Die Novation einer Obligation ist ihrem Wesen nach nur Verwandelung derselben mit Bewilligung des Gläubigers in eine neue, gleichviel wer diese eingeht, wie denn überhaupt nur die Acquisition formelle Erfordernisse hat, nicht die in ihr liegende Veräußerung, insofern sie nicht auf einer legis actio beruht. Wenn nun nach zahlreichen Zeugnissen schon zu Gaius' und selbst schon zu Cice-

27) Vat. Fragm. §§. 317. 333. L. un. C. de satisdando (2., 57.). L. 21. D. ratam rem (46., 8.).

28) Ueber alle diese vgl. Hollweg S. 192 flg., Keller §. 42.

ro's Zeit, wir dürfen aber gewiß auch sagen, von jeher, die Delegation, mochte sie durch Expromission oder nominis transcriptio erfolgen, die bisherige Obligation ipso iure aufhob, obgleich sie nur die Einwilligung des Gläubigers erforderte, warum hätte nicht auch der, welcher mit Willen des Gläubigers litem contestirte, dessen Forderung wirklich noviren sollen? Auch stimmt damit überein, daß man umgekehrt für den Stellvertreter des Beklagten Befreiung des Letztern durch litis contestatio nach dem bloßen materiellen Princip: etiam inviti liberamur annahm.

III.

Der Proceß um die Freiheit der Virginia. [1])

Von

Herrn Professor D. Schmidt (von Ilmenau)

in Jena.

Der Proceß, welcher um die Freiheit der Virginia geführt wurde, gehört zu den berühmtesten des Alterthums; hatte er doch eine Revolution in Rom, wenn auch nicht zur Folge, doch zur Begleiterin, etwa wie in Frankreich die berüchtigte Halsbandgeschichte. Diese seine politische Bedeutsamkeit und vielleicht auch sein tragischer, den römischen Nationalcharakter scharf ausprägender Ausgang haben es veranlaßt, daß wir zwei [2]) ausführliche Beschreibungen desselben besitzen, die eine in dem prägnanten, plastischen Styl geschrieben, welcher

1) Es ist mir nur eine besondere Schrift über diesen Gegenstand bekannt: M. S. Mayer ad Livii lib. III. cap. 44 — 48., Stuttgartiae 1828; dieselbe handelt jedoch nur sehr beiläufig von ihrem Thema, sich desto ausführlicher über die legis actio per manus iniectionem im Allgemeinen verbreitend.

2) Die kurze, oberflächliche und ungenaue Darstellung der Diodorus Siculus (XII., 24.) kann hier nicht mitgezählt werden.

Livius auszeichnet (III., 44—48.), die andere bei Dionys (XI., 28—37.), weniger geistreich und bei weitem breiter [3]). Beide Schriftsteller stimmen in vielen wichtigen Punkten überein, ergänzen sich mehrfach, weichen aber auch für manche nicht unwichtigen Dinge von einander ab. An Quellen scheint es ihnen nicht gefehlt zu haben, namentlich deutet Livius' Ausdrucksweise sogar Reichthum an III., 47. [4]); beide werden zum Theil dieselben benutzt haben, aber nur zum Theil, denn manche Abweichung läßt sich nur durch Verschiedenheit der Gewährsmänner erklären. — Außer dem allgemeinen historischen haben diese Darstellungen noch ein speziell rechtshistorisches Interesse, weil sie das früheste Beispiel eines ins Einzelne beschriebenen Civilprocesses aus der Legisactionenzeit abgeben. Daß von diesem Gesichtspunkt aus — und es ist der der nachfolgenden Ausführung — beide Classiker viele Schwierigkeiten übrig lassen, wird Niemanden befremden, der des Standpunktes beider Werke nicht uneingedenk ist.

Um den beabsichtigten Gewaltstreich mit dem äußeren Scheine des Rechts zu umkleiden, stellt der erste der

3) Die juristischen Schriftsteller über diesen Gegenstand haben zumeist ausschließlich oder doch vorzugsweise nur auf Livius Rücksicht genommen, nicht zum Vortheil der Sache, wie ich glaube; auffällig insbesondere ist diese Vernachlässigung des Dionys bei dem Schriftsteller, der eigens die Darlegung dieses Processes sich zur Aufgabe macht, bei Mayer.

4) Quem decreto sermonem praetenderit, forsan aliquem verum auctores antiqui tradiderint, quia nusquam ullum in tanta foeditate decreti verisimilem invenio, id quod constat nudum videtur proponendum —.

Decemvirn, Appius Claudius, seinen Clienten M. Claudius an, daß er die Virginia, Tochter des zur plebejischen Gemeinde als angesehenes Mitglied gehörigen L. Virginius[5]), in einem Zeitpunkt, wo dieser Letztere als Soldat auf dem Algidus abwesend war, als seine Sklavin im Nothfall sogar gerichtlich in Anspruch nehme. Wer die Volksstimme zu fürchten hat, thut klug, wenn er den Schein vermeidet, als ob er sie fürchte. Daher der Angriff am hellen Tage, auf offenem Markt, über dessen Vornahme an sich beide Quellen übereinstimmen; nur daß Dionys schlechthin sagt: *ἐπιλαμβάνεται τῆς παρθένου*, Livius dagegen sich eines Ausdrucks bedient, welcher es zweifelhaft machen kann, ob nicht darunter ein formell juristischer Act verstanden werden müsse: minister decemviri libidinis manum iniecit; serva sua natam (servamque appellans) esse sequique se iubebat, cunctantem vi abstracturum. In Wahrheit sieht darin Heffter (ad Gaii lib. IV. p. 15.) die Anwendung der legis actio per manus iniectionem; Mayer (p. 45.) und Puchta (Institutionen II. S. 85.) stimmen ihm bei, der Letztere in etwas modificirter Weise, während Zimmern (Geschichte des römischen Civilprocesses §. 44.) vom Anfang an widersprach.

---

5) Ich finde keinen Grund, gegen das ausdrückliche Zeugniß von Dionys (c. 28.: *ἀνὴρ ἐκ τῶν δημοτικῶν Λεύκιος Οὐεργίνιος*) und Livius (c. 44.: Ap. Claudium virginis plebeiae stuprandae libido cepit), denen sich auch Valerius Maximus anschließt (VI., 1. 2.), mit Niebuhr (II. p. 393.) anzunehmen, daß die Virginier dem patricischen Geschlechte dieses Namens angehörten.

Daß das hervorgehobene manus iniicere den wahren Legisactionen nicht zugezählt werden könne, scheint mir so lange unzweifelhaft, als wir keinen Grund haben, dem Ausspruch des Gaius (IV., 29.) zu mißtrauen, wonach diese stets vor dem Magistrat vorgenommen werden mußten [6]), und als es insbesondere für die per manus iniectionem feststeht, daß sie zu den eigentlichen, nicht zu denen im weiteren Sinne, also den außergerichtlichen wie die Pignoriscapio (die noch dazu Gaius für einzig in ihrer Art erklärt) gehöre. Dagegen soll die Möglichkeit der Sitte, sich bei dem Ergreifen eines flüchtig gewordenen Sklaven einiger sollennen Worte zu bedienen, nicht in Abrede gestellt werden; nothwendig ist freilich diese Annahme auch nicht, denn das Eigenthum am Sklaven ist kein anderes als das am Hausthier, und auf keinen Fall kann zugegeben werden, daß von der genauen Beobachtung jener problematischen Sollennität das Schicksal des Rechts selbst, wie eben bei der Legisactio, abhängig gewesen sey.

---

6) Daher in den Zwölftafelworten: Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto. in ius ducito, ni iudicatum facit aut quips endo em iure vindicit, secum ducito, anders als Heffter anzunehmen scheint, der Satz post deinde manus iniectio esto nicht auf die legis actio per manus iniectionem zu deuten ist (welche vielmehr, ohne daß sie mit diesem Namen ausdrücklich hier bezeichnet wird, erst in dem folgenden liegt), sondern auf die Berechtigung mit Hinweglassung der In Ius Vocatio sofort durch Manus Injectio und Ductio den Beanspruchten vor den Magistrat zu schaffen. — Bei Zimmern §. 46. finden sich hierüber noch unbegründete Ansichten.

Die Sache kommt, weil, wie Livius und Dionys übereinstimmend berichten, die aufgeregte Menge sich dazwischen legt, vor den Magistrat, den Appius Claudius selber. Die beiden Vertreter der Virginia, der Oheim mütterlicher Seite, P. Numitorius, und der Bräutigam L. Icilius, erscheinen nach beiden Relationen erst etwas später in iure. Livius sagt: Vocat (sc. M. Claudius) puellam in ius; auctoribus, qui aderant, ut sequeretur (d. h. die Umstehenden riethen ihr zu folgen, nicht aber ist an den antestatus zu denken). Hier kommt uns zunächst ein formelles Bedenken. Ich halte nämlich dafür, anders als die Meisten (z. B. auch Burchardi Lehrbuch des röm. Rechts Bd. II. p. 288.), daß ein Herr gegen den, welchen er seinen Sklaven nennt, die In Jus Vocatio vorzunehmen niemals verpflichtet war, daß höchstens die Ductio an ihrer Stelle gewesen wäre; man müßte denn annehmen, das Römische Recht sey milder für diejenigen, welche als Sklaven, als für die anerkannt Freien, welche als aeris damnati beansprucht werden. Auch Mayer's Auffassung (p. 45.), der favor libertatis sey so groß gewesen, daß, sobald ein Vinder erstand, die Präsumtion für die Freiheit gewesen sey, bessert hier nichts; denn erstens fehlte ja, sobald man sich an die Quellen hält, in diesem Moment noch jeder Vindex; dann auch diesen vorausgesetzt, wäre der Proceßgegner, nicht das Streitobject, zu rufen gewesen, und endlich würde sachgemäß die Aufforderung nicht vom servitutis, sondern vom libertatis assertor haben ausgehen müssen. Man kann hier auf doppeltem Wege

abhelfen: zunächst auf dem gewaltsamern, indem man mit Verwerfung der Quellen sagt, Numitorius oder Icilius, schon auf dem Forum als libertatis vindex sich gebend, vocirte den M. Claudius in ius; oder auf dem anderen, milderen und natürlicheren, durch die Voraussetzung nämlich, es habe der Letztere, als die erstaunte Masse drängte, von dem strengen Recht der Ductio nachgelassen, sich mit der gelindern, völlig zureichenden Vocatio begnügend. Der Zweck dieser Vocatio ist für diejenigen, welche die legis actio per manus iniectionem als im vorliegenden Fall begründet ansehen, völlig klar. Wer diese dagegen für unzulässig hält, wird füglich sagen können, es wollte M. Claudius die stürmische Volksmasse durch die factische Auctorität eines magistratischen Ausspruchs überzeugen, wie nichts Widerrechtliches in seinem Auftreten zu erfinden sey.

Daß im Fortschritt der Verhandlung eine legis actio beabsichtiget wurde, dafür spricht Alles, die Zeit des Processes überhaupt, die Erwähnung der Vindiciä insbesondere; daher wird das auch allgemein zugegeben. Dagegen ist Streit, ob per manus iniectionem oder sacramento procedirt werden sollte. In dieser Rücksicht ist eine Discrepanz von Livius und Dionys von der größten Wichtigkeit. Beim Ersten beginnt die Verhandlung, ohne daß ein Vindex vorhanden ist (nur advocati der Virginia werden ausdrücklich erwähnt); sogar erst nach dem die vindiciae secundum servitutem aussprechenden Decret kommen Oheim und Bräutigam.

Bei Dionys dagegen beginnt das gerichtliche Verfahren erst nach der Ankunft dieser Beiden [7]).

Hält man den ersten Bericht für unverwerflich, so wird man gewiß mit Puchta (Institutionen II. p. 91. i.) sagen müssen, daß die einzige hier denkbare Legis Actio die Manus Injectio sey; sie allein nämlich ist ohne einen processualischen Gegner, für welchen natürlich die als Sklav in Anspruch genommene Person nicht gelten kann, möglich. Dennoch stellen sich dieser Annahme gegründete Bedenken entgegen.

Puchta bahnt sich für seine Behauptung, welche in beiden Quellen keinen unmittelbaren Anhaltepunkt hat, welcher vielmehr, wenn man Worte premiren will, bei Dionys Kap. 29.: *Σιωπῆς δὲ γενομένης Μάρκος Κλαύδιος ὁ τῆς παιδὸς ἐπιλαβόμενος* (der sie ergriffen hatte, nicht gegenwärtig ergreift, wo namentlich der zugefügte Artikel auf die frühere Zeit zurückweist) widerspricht, den Weg durch den pag. 91. not. f. ausgesprochenen Satz: wo eine außergerichtliche Manus Injectio gestattet war, dürfen wir schließen, daß diese Legis Actio darauf folgte, wenn der Beklagte sich mit dem Kläger nicht auf dem Weg zum Gericht abfand. Daß dieser Satz jedoch nicht allgemein wahr sey, zeigt die gegen den der In Jus Vocatio nicht Folge Leistenden zulässige Manus Injectio; es wird daher, selbst wenn man zugiebt, in jenem ma-

7) Cap. 28. — *πάντων ἀξιούντων περιμένειν, ἕως ἂν ἔλθωσιν οἱ συγγενεῖς τῆς κόρης· καὶ ὁ Ἄππιος οὕτως ἐκέλευσε ποιεῖν* etc.

nus iniecit bei Livius sey ein formeller juristischer Act zu sehen, erlaubt seyn, auch für den vorliegenden Fall mindestens die Nothwendigkeit einer nachfolgenden Legis Actio dieser Gattung in Abrede zu stellen.

Die l. a. p. manus iniectionem in ihrer ursprünglichen Gestalt erscheint nun aber durchaus nicht für das hier fragliche Verhältniß berechnet; denn es ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß sie gegen den aeris damnatus und den diesem gleichstehenden confessus dienen sollte, ja schon vor dem Decemviralgesetz in dieser Art bestand. Ihre natürliche Fortbildung erfolgt zuvörderst in den Fällen pro iudicato; der fur manifestus gilt dem confessus gleich, der durch nexum obligirte dem damnatus. Zwischen diese Fälle mit Puchta ohne irgend ein bestimmtes Quellenzeugniß den als Sklaven Angesprochenen einzuschieben, dafür fehlt es an jeder innerlichen Verwandtschaft des Inhalts, der eben so heterogen ist wie die Begriffe von Person (oder besser von Obligation) und Sache. Und es leuchtet überdieß von selbst ein, daß der weitere Verlauf dieser Proceßart, die Lage des Addictus, der Verkauf, das partes secare nur für Execution, nicht aber für dieses Verhältniß passend sind. (Vergl. hierzu: Huschke über das Recht des nexum p. 141. ff.)

Aber auch die Darstellung bei Livius selber verträgt sich nur schlecht mit der besprochenen Legis Actio. Für das über die Vindiciä erlassene Decret, über dessen Ungerechtigkeit das Volk murrt, war nämlich bei der Manus Injectio, wo sie auch bei Gaius nicht

mit einem Wort erwähnt werden, meiner Meinung nach gar kein Raum (wie Puchta es dennoch damit verträglich halten kann, sehe ich nicht ab); nur dann ist es offenbar an seinem Platz, wenn zwei Vindicanten jene in Anspruch nehmen Hätte wirklich Virginia selber für ihre Person ohne einen Vertreter darauf Anspruch gemacht, so bedurfte es nicht der in den Quellen gegebenen sophistischen Gründe, um sie zurückzuweisen; es wäre sogar die Pflicht des Magistrats gewesen, die Addictio an M. Claudius auszusprechen. Daher bin ich der Ansicht, einmal, daß auf jeden Fall dieses Decret von Livius an die falsche Stelle gesetzt wurde, dann aber, der oben angegebenen Gründe wegen, daß überhaupt eine legis actio per manus iniectionem nicht vorkam, sondern der Proceß, wie Dionys berichtet, erst mit dem Erscheinen der Verwandten begann.

Uebrigens ist für den Verlauf des Processes das Voraufgehen oder Nichtvoraufgehen des l. a. p. m. iniectionem ein gleichgültiger Umstand; auch nicht mit dem Schein eines Grundes hätte Appius den bald danach auftretenden Vindex, wie doch Puchta dafür hält, für heute wegen geschlossenen Verfahrens zurückweisen können, denn jene Legis Actio schließt die Vindicatio nicht aus und Appius saß noch zu Gericht.

Nachdem P. Numitorius und L. Icilius aufgetreten sind, ändert sich die Scene; ein liberale iudicium wird von nun an möglich [8]). Welche Proceßform

8) Es scheint nicht am unrechten Ort, über den bestrittenen

hier zu wählen war, ist klar, nämlich die vindicatio in libertatem und bezüglich in servitutem, worauf auch Alles hinweist, namentlich die Bezeichnung der Parteien als Adsertores und Vindices, den Streit über die Vindiciä u. s. w.; diese hinwiederum setzt als weitere Form die, obgleich nirgends ausdrücklich erwähnte, legis actio sacramento voraus. Die Person des Ad-

---

Begriff der libertas hier ein Wort anzuhängen. Daß jene bekannte Definition Vangerow's, wonach sie im Eigenthum am eigenen Körper bestehen soll, und wogegen Puchta (Institutionen II. pag. 460.) in seiner scharfen und schlagenden Weise polemisirt, der Anschauungsweise der römischen Juristen direct zuwiderläuft, läßt sich durch einfache Berufung auf Ulpian's beiläufige aber zuverlässige Aeußerung darthun: quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur (l. 13. ad leg. aq.). Puchta selber (a. a. O. p. 431.) bestimmt bloß negativ: frei ist, wer nicht Sklav ist. Das ist richtig, aber nicht vollständig. Es sind nämlich von denen, die nur frei sind (also nicht cives), zwei Klassen zu unterscheiden. Erstlich freie, aber den Römern gegenüber dennoch absolut rechtlose Leute (sie bilden also den negativen Gegensatz zu den Sklaven). Das sind die einem vom Römischen nicht anerkannten Staate zugehörigen Peregrinen, welche gar nicht als Rechtssubjecte gelten, sondern (l. 5. §. 2. de captivis) trotz ihrer Freiheit Object für Römisches Eigenthum abgeben, die hostes im alten Sinn. Ihre Stellung ist der der Sklaven sine domino ähnlich, aber nicht gleich; durch ein Bündniß ihres Staats werden sie zur höheren, sogleich zu beschreibendem Stufe der Freiheit erhoben, die servi sine domino nicht. (Die Darstellung von dieser Art von Freien vermisse ich bei Puchta in §. 214., wo die niedrigsten Zustände der Freien abgehandelt werden. Ich kann es ferner daher nicht billigen, wenn p. 402. Menschen ohne Rechtsfähigkeit mit den Sklaven identificirt werden). Zweitens Freie im activen Sinn; das sind die des ius gentium Theilhaftigen, also Rechtssubjecte den Römern gegenüber (l. 17. §. 1. de poenis). Freiheit in diesem Sinn ist identisch mit Rechtssubjectivität. Zu dieser höheren Potenz gelangt man

sertor Servitutis ist natürlich zweifellos [9]), aber die des in libertatem Vindicirenden differiren dagegen die beiden Hauptquellen; Livius nennt den Bräutigam, Dionys den Oheim [10]); ein Nebenumstand von geringem Gewicht.

Die Art, wie im Einzelnen verfahren wird, geben Livius und Dionys im Ganzen übereinstimmend an, nur daß der breitere Dionys mehr Detail darbietet.

---

weder durch die Qualität des Menschen an sich, noch auch durch das Nicht-Sklavseyn, sondern es verleiht sie der Römische Staat nach Principien, die er sich selber setzt. Frei im eigentlichen Sinn ist: wen der Staat als Rechtssubject anerkennt. Wo die Römer von libertas schlechthin reden, haben sie den letzten Begriff im Sinne, so z. B. in der Lehre vom postliminium. Vgl. Savigny System Bd. II. §. 66.

9) Der Umstand, daß M. Claudius Client ist, kann natürlich nicht hindern. Die namentlich bei Dionys II., 10. hervorgehobene Rechtsvertretung des Clienten durch den Patron ist keine vollständige — der Client nimmt selbst die Legis Actio vor — sondern eine berathende. Appius Claudius erscheint im Ganzen lediglich in seiner Eigenschaft als Magistrat; nur als er, wie Dionys c. 32. das darstellt, nach erlassenem Decret über die Vindicien den M. Claudius zu sich ruft und heimlich mit diesem redend Nachgiebigkeit bis auf den folgenden Tag fordert, handelt er als Patron dem Clienten gegenüber.

10) Wie Klenze (in der Zeitschrift f. geschichtliche R. W. Bd. VI. S. 47.) für seine Behauptung, daß bei dem in libertatem vindicare die necessariae personae schon in alter Zeit den Vorzug gehabt hätten, sich gerade auf Livius berufen kann, ist mir unklar. Eher könnte man sich versucht fühlen, dieses Zeugniß zur Widerlegung dieses Satzes zu benutzen, weil natürlich Icilius weder Cognat ist noch Affin. Dionys dagegen, welcher überdieß dem Numitorius als Grund seines Auftretens die Worte in den Mund legt: θεῖος ὢν τῆς κόρης, würde für Klenze sprechen, wenn nicht eben die Abweichung beider Quellen zu bezeugen schiene, daß das Alterthum jenen Satz nicht als einen unbedingt gültigen ansah.

Nach ihm setzt Claudius zuerst ausführlich auseinander, daß und weßhalb er Eigenthümer der Virginia sey (natürlich jedoch ohne sich auf den Beweis einzulassen), und fährt (c. 29.) fort: κατὰ τοῦτον τὸν νόμον ἀξιῶ τὴν θυγατέρα τῆς ἐμῆς θεραπαίνης ἄγειν καὶ δίκας ὑπέχειν βουλόμενος· ἐὰν δ' ἀντιποιῆται τις ἐγγυητὰς καταστῆσαι ἀξιόχρεως, ἄξειν αὐτὴν ἐπὶ τὴν δίκην· εἰ δὲ ταχεῖαν βούλεται τις γενέσθαι διάγνωσιν, ἕτοιμος ἐπὶ σοῦ λέγειν· τὴν δίκην αὐτίκα μάλα καὶ μὴ διεγγυᾶν τὸ σῶμα, μήτ' ἀναβολὰς τῷ πράγματι προςάγειν· ὁποτέραν δ' ἂν οὗτοι βουληθῶσι τῶν αἱρέσεων, ἑλέσθωσαν. Also er fordert die Auslieferung des Mädchens, weigert dem Vindicanten gegenüber die Uebernahme des Prozesses nicht und ist je nach der Wahl jenes erbötig, entweder dafür Bürgen zu geben, daß er die Virginia dem Gericht stellen werde [11]), oder auch sofort vor Appius ohne Verkürzung die Sache zu verhandeln [12]). Der Oheim entgegnet in ähnlicher

---

11) Die Uebersetzung der Reiske'schen Ausgabe: quod si quis eam vindicet, peto, ut is idoneos vades det sistendi eam in iudicium ist, ganz abgesehen davon, daß sie mit Livius im Widerspruch steht und überhaupt mit dem ferneren Verlauf des Processes sich nicht verträgt, offenbar irrig; denn es leuchtet ein, daß der Infinitiv καταστῆσαι von dem voraufgehenden βουλόμενος abhängt, wogegen das peto, ut is in dem griechischen Text gar keinen Anhalt hat. Dem Sinn nach richtig überträgt Gelenius: quodsi quis eam sibi vindicet, idoneos eius iudicio sistendae vades dabo, ohne daß eine solche Uebertragung καταστῆσαι forderte, wie Reiske will.

12) Ist dem Dionys bis in's Kleinste zu trauen, so folgt aus dieser Rede der Clienten für die älteste Legisactionenzeit die Möglichkeit eines doppelten Wegs: entweder nämlich es entscheidet ein vom Jus getrenntes Judicium, oder der Magistrat leitet nicht

Weise, daß und warum Virginia frei sey (den Beweis davon werde der Vater führen); er erbietet sich, den formellen Theil der Legis-Actio, namentlich die Vindicatio vorzunehmen (*τὴν δὲ τοῦ σώματος ἀντιποίησιν, ἣν ἔδει γενέσθαι, κατὰ τοὺς νόμους, αὐτὸς ποιεῖσθαι, θεῖος ὢν τῆς κόρης, καὶ τὰ δίκαια ὑπέχειν*), fordert dabei, sich auf den in den Zwölftafeln wiedergegebenen Satz des alten Rechts stützend, die vindiciae secundum libertatem und fügt, die Zeit der Verhandlung anlangend, hinzu: obgleich die Forderung, während des Kriegs den Proceß zu führen, gegen Herkommen und Billigkeit verstoße [13]), so wolle er doch darauf kein Gewicht legen, sondern nur so viel Aufschub in Anspruch nehmen, als zur Herbeirufung des Vaters erforderlich sey. Hierauf das berüchtigte Decret des Appius.

Wer, des formalen Charakters der Legisactionen eingedenk, insbesondere die Darstellung der Sacramentalhändel bei Gaius vergleicht, wird vielleicht nicht ohne Erstaunen und mit einigem Zweifel an der Glaubwür-

---

bloß ein, sondern entscheidet auch definitiv. Dennoch ist die Richtigkeit dieser Angabe sehr bedenklich: denn sie ist wahrscheinlich nur von dem Irrthum hergenommen, durch welchen der Grieche im zweiten Termin den Appius den Proceß definitiv entscheiden läßt. — Aus den Worten des Numitorius hinwiederum (c. 30.) *τότε τὴν δίκην ἀξιῶν ἀπολεγεῖσθαι, ὅτε καὶ μαρτύρων εὐπορία καὶ φίλων καὶ δικαστῶν ἀμφοτέροις ἔσται τοῖς δικαζομένοις* — würde sich schließen lassen, daß schon damals die Stellung von Einzelrichtern möglich war.

13) Diese Behauptung ist aller Wahrscheinlichkeit nach begründet. Nur kurze Zeit ist seit der Vertreibung der Könige vergangen, welche die Anführung im Krieg und die Leitung der Processe zugleich über sich hatten.

digkeit diese, auch nicht die Spur einer Formalität an sich tragenden Berichte lesen. Der genau Beobachtende wird sogar einsehen, daß bis zum Decret die processualischen Redeformen nach den Quellen selber nicht vorgenommen worden sind. M. Claudius sagt: wenn künftig Jemand vindiciren wird, so bin ich erbötig, und Numitorius thut auch nichts Anderes, als daß er seine Bereitwilligkeit zur Vindicatio erklärt, nicht aber nimmt er diese selber vor. Man fordert nur die Vindiciä; es folgt das Decret über dieselben, welches außerdem noch, dem Antrag des Numitorius gemäß, den Aufschub des Weiteren bis zur Rückkunft des Vaters ausspricht.

Dieser Anstoß verschwindet jedoch, wenn wir zuvörderst der Sitte uns erinnern, daß der Constituirung des Judicium eine Erörterung der Parteien in iure über die Art, wie das geschehen sollte, vorausging. Cicero (Oratt. partt. c. 28.) sagt: Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, quum aut, sitne actio illi, qui agit, aut iamne sit, aut num iam esse desierit, aut illam lege, hisne verbis sit actio quaeritur, und wenn es überhaupt des Beweises bedurfte, daß dieser Gebrauch, nicht erst eine Erfindung des Formularprocesses, schon zur Legisactionenzeit bestand, so würde diesen der Proceß der Virginia liefern.

Aber wie verträgt sich mit einer solchen contentio de constituendo iudicio der Beschluß über die Vindiciä? Nach der bei Gaius angegebenen Reihen-

folge der einzelnen Momente der in rem actio sacramento werden diese am Ende des Verfahrens, nach der Vindicatio und nach der Ableistung des Sacramentum geordnet; liegt nicht in ihrer Ertheilung das indirecte Zeugniß der Vollendung des Verfahrens in iure? Ich glaube das läugnen zu müssen.

In der ganzen Sache steht der erste Termin. Noch in der späteren Zeit ist es bekanntermaßen Regel, daß in diesem das Verfahren in iure nicht beendigt, sondern nur die Actio edirt und Vadimonium auf einen andern Tag gemacht wurde [14]). Zu jeder Zeit war das deßhalb zweckmäßig, weil bei der In Jus Vocatio die Klage nicht angegeben wird; für die Legisactionen war es sogar eine Nothwendigkeit; für eine jede, weil die Wortformeln, von deren genauer Beobachtung das Schicksal des Processes abhing, nicht in Jedermanns Kenntniß lagen, und speciell noch für die sacramento; denn natürlich kann nicht gefordert werden, daß eine solche (anfänglich zu deponirende) Summe Jedermann stets mit sich herumtrage; endlich für dingliche Klagen kommt noch hinzu, daß ja im ersten Termin das Streitobject noch gar nicht nothwendig zur Stelle ist. Betrachten wir den Inhalt des Vadimonium, so besteht dasselbe, wie Gaius vollkommen sachgemäß beschreibt, darin, ut promittat (sc. in ius vocatus) se certo die sisti. Nur in diesem gesicherten Versprechen besteht bei jeder Klage das Vadimonium; bei dinglichen kommt jedoch ein neues,

14) Gai. IV. 184 ff. Zimmern Geschichte des Römischen Civilproc. §. 112. Puchta Institut. II. §. 160.

von diesem verschiedenes Moment hinzu. Wo bleibt das Streitobject in der Zwischenzeit vom ersten zum zweiten, die Legis Actio verwirklichenden Termin? Für Immobilien freilich ist dabei geringere Gefahr, größere offenbar aber bei Mobilien, und hier sind zwei Fälle zu unterscheiden: entweder sind dieselben schon im ersten Termin zur Stelle, oder nicht. Behauptet im letzten Fall der in ius vocatus den Besitz, so wird er mit jenem Vadimonium nicht ausgereicht, sondern überdieß noch haben bürgschaftlich versprechen müssen, auch die Sache zum zweiten Termin zu bringen. Ist dagegen die Sache schon im ersten Termin in iure gegenwärtig, so wird, namentlich wenn beide Theile den Zwischenbesitz ansprechen, nichts Anderes übrig bleiben, als daß der Magistrat durch ein Decret die Sache erledige, also die Vindicien einer Partei vorläufig bis zum zweiten Termin zuspreche, wo sie alsdann, gemäß der Ordnung des Sacramentalhandels, für die Dauer des Processes definitiv festgestellt werden [15]).

Mit einer solchen vorläufigen Feststellung der Vindiciä für die Zeit vom ersten zum zweiten bei des Vaters Rückkehr abzuhaltenden Termin haben wir es hier

15) Beim Freiheitsproceß kann das Resultat davon seyn, daß der in ius vocans Vadimonium zu machen hat. Denken wir uns, Numitorius habe den M. Claudius vocirt, so waren nach dem bekannten Princip die vindiciae secundum libert. zu ertheilen, jener also diesem das virginem iudicio sisti zu versprechen. Für die Fortsetzung des Processes ist nun aber natürlich nur der Vocatus interessirt; er daher wird auch das Vadimonium fordern.

zu thun. Der Adsertor Servitutis erhält jene durch Appius Claudius, dafür aber soll er Bürgen geben, sistendam (eam) in adventum eius, qui pater dicatur (Liv.), oder, wie Dionys noch genauer sagt: τὸν κύριον ἀπαγαγεῖν ἐγγυητὰς ἀξιόχρεως δόντα, καταστήσειν ἐπὶ τὴν ἀρχὴν ὅταν ὁ πατὴρ αὐτῆς παραγένηται, also das Mädchen zum zweiten Termin in iure zu stellen. — Daß die Verbürgung nicht die praedes litis et vindiciarum der l. a. sacramento sind, zeigt die Verschiedenheit des Inhalts ganz unwidersprechlich; denn diese letzteren werden, wie Jedermann weiß, „für den Ausgang des Hauptprocesses und für die Vortheile der zu seinen Gunsten ausgefallenen Vindiciä [16])“, oder mit andern Worten „wegen der Restitution der Sache (lis) und der mit dem Besitz zusammenhängenden Nutzungen (vindiciae) [17])“ gestellt. Hier dagegen soll M. Claudius versprechen, in iure das Streitobject zu stellen. Wozu aber sollte das dienen, wäre die Legis Actio schon vorgenommen? denn nach vollendeter Legis Actio hat der Magistrat mit dem Handel nichts mehr zu thun. Und was könnte überhaupt die Ankunft des Vaters in der Bestimmung der Vindicii verändern, wenn nicht die Möglichkeit offen stände, daß er selber in eigener Person noch die Legis Actio vornehme (diese also noch nicht erfolgt ist). Ja endlich bezeugt Livius die Vorläufigkeit des Decrets selber mit einem ausdrücklichen Wort: Placere itaque patrem arcessi, interea iuris

16) Worte Zimmern's a. a. O. S. 112.
17) Worte Puchta's a. a. O. II. S. 82.

sui iacturam adsertorem non facere, quin ducat puellam sistendamque in adventum eius, qui pater dicatur, promittat.

Nur um diese vorläufigen Vindiciä zu erlangen, hat Rumitorius den Rechtshandel erhoben; Virginia darf auch nicht auf einen Tag den lüsternen Händen überliefert werden. Der Plan des Appius dagegen geht lediglich auf diese Zwischenzeit vom ersten zum zweiten Termin, weßhalb er auch gern bereit ist, diesen letzteren nach Rumitorius' Wunsch auf die unbestimmte Zeit der Rückkehr des Virginius aus dem Krieg zu stellen. Beim zweiten Termin selber unterläßt dann vielleicht der Client, um das Sacramentum nicht zu wagen, die Vindicatio ganz und gar, giebt die Tochter sofort zurück, eine verbrauchte Waare.

Die Schriftsteller des Alterthums, welche dieses Decrets gedenken, nicht bloß Livius und Dionys, sondern auch Cicero[18]) u. A., stimmen darin überein, daß in der Ertheilung der vindiciae secundum servitutem eine Ungerechtigkeit, eine Verletzung des Zwölftafelgesetzes lag. Nichts ist weniger stichhaltig, als der dem Decret hinzugefügte, bei Livius prägnant ausgedrückte Scheingrund: In his enim, quae adserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id iuris esse: in ea quae in patris manu sit, neminem esse alium, cui dominus possessione cedat. Denn der libertatis

18) de republ. III., 32. Quid? quum decemviri Romae sine provocatione fuerunt, tertio illo anno, quum vindicias amisisset ipsa libertas? L. Populi nulla res erat etc.

adsertor hat zu seinem Fundament lediglich die Freiheit des Angesprochenen, welche durch die patria potestas so wenig verändert wird, daß sogar die Civität mit ihr verknüpft bleibt: allgemein anerkannte Sätze, deren Beweis hier nicht zu wiederholen ist [19]) und welche die ganze Darstellung bei Livius und Dionys voraussetzt. Nach Appius dagegen verwandelt sich der Streit um die Freiheit in einen Conflict zweier Gewalten, der patria potestas nämlich mit der dominica, was, wie gesagt, nur dann richtig seyn könnte, wenn durch die erstere die libertas consumirt würde, eine so offenkundige Unwahrheit, daß nicht einmal Appius sie direct auszusprechen wagte, denn er würde dann überhaupt den Numitorius als zum Proceß nicht berechtigt zurückgewiesen haben, es hätte nicht von vindiciae secundum libertatem, sondern nur secundum patriam potestatem die Rede seyn müssen [20]).

---

19) Schröter, die Abhängigkeit der alieno iuri subiecti in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß. Bd. XIV., besonders S. 146., 160. — Während das Wesen der Sklaverei in der absoluten Unterwerfung liegt, ist die patria potestas lediglich als eine zeitweilige Beschränkung der Libertas und der Civitas zu fassen, welche zwar, wie Schröter richtig zeigt, ursprünglich die Functionen der dominica potestas alle in sich enthält, aber doch wieder in ihrer Ausführung da beschränkt ist, wo der Staat auf das Hauskind, als seinen Bürger, Anspruch macht. — Die Sklaverei ist Eigenschaft der ihr Unterworfenen, von jedem Herrn abgesehn; die patria potestas dagegen erscheint als Recht der Herrschenden, löst sich, sobald dieses verschwindet.

20) Der allmächtige Geist des Widerspruchs hat auch dem Appius in der neueren Zeit einen Vertheidiger zugeführt. Christiansen (die Wissenschaft der Römischen Rechtsgeschichte S. 232.)

Hätte sich Appius im formellen Recht befunden, so würde sein Decret die Indignation der Masse nicht erregt haben; auch war er der Mann nicht, der sich in diesem Proceß, wo er das Unrecht nicht scheute, auch nur um eines Fingers Breite seines Rechts begeben hätte; die Nachgiebigkeit, welche er dennoch zeigt, ist ein moralischer Beweis für das böse Gewissen. Doch auch hier noch nimmt er, ohne sein Unrecht zuzugestehn, den Schein des Nachlassens vom guten Recht, er erklärt, und in dieser Erklärung stimmen abermals Livius (c. 46.) und Dionys (c. 32.) überein[21]), er werde am heutigen Tag nicht weiter vorschreiten, aber auch das erlassene Decret nicht ändern (ius eo die se non dicturum neque decretum interpositurum), dagegen den Clienten dahin bestimmen, daß dieser von seinem durch das Decret begründeten Recht als persönliche Gunst etwas nachlasse (a M. Claudio petiturum, ut decederet iure suo); dieses Nachlassen soll darin bestehen: vindicarique puellam in posterum diem pateretur. Aber auch nur bis auf den folgenden Tag (daß dieses der Sinn von in posterum diem sey, bestätigt noch Dio-

findet das Decret ganz in der Ordnung, was er freilich nur konnte (dann aber auch mußte), nachdem er dominica und patria potestas in ziemlich unklarer Weise und mit Verachtung der Quellen zu etwas Identischem in dem einen Begriff der manus zusammengeworfen hatte. — Mit Grund ist schon Burchardi entgegengetreten (Lehrbuch des Römischen Rechts II. S. 288.).

21) Soll vollkommene Uebereinstimmung mit Livius herauskommen, so würde man in dem Satz: Ἐγὼ τὸ μὲν ἀκριβὲς — περὶ τῆς διεγγυήσεως τοῦ σώματος — παρίημι vor dem letzten Wort die Negation einschieben müssen.

νης: καὶ τὴν ἐγγύην ὁμολογεῖτε περὶ αὐτῆς εἰς τὴν αὔριον ἡμέραν) soll sich der Client hierzu verpflichten; trifft an diesem der Vater nicht ein so macht jener hinwiederum von seinem Recht aus dem Decret Gebrauch (Quod nisi pater postero die adfuisset, denunciare se Icilio similibusque Icilii neque legi suae latorem, neque decemviro constantiam defore). — Welcher Sinn liegt nun in dem pati vindicari in posterum diem? Etwa die Vindicatio in der Bedeutung der dinglichen Klage vornehmen bis morgen? Unmöglich! denn was wäre eine solche für einen einzigen Tag? und dann sagt ja Appius ausdrücklich: ius eo die se non dicturum, und doch kann die Legis Actio ohne das Dicere des Magistrats nicht von statten gehen; endlich — und das ist noch ein Hauptgrund — ertheilt er (nach Liv. c. 47.) am andern Tag die Vindiciä noch einmal, was gar keinen Sinn hätte, wäre schon an diesem die Legis Actio vorgenommen worden. Was Livius vindicare nennt, bezeichnet Dionys durch ἐᾶσαι μὲν τοῖς συγγενέσι τῆς παρθένου δοῦναι διεγγύαιν, d. h. die Jungfrau ihren Verwandten gegen Bürgschaft überlassen (nämlich, wie aus dem Folgenden hervorgeht, bis auf den nächsten Tag); vindicare kann daher nichts Anderes bedeuten, als in die Gewalt nehmen, keineswegs eine so auffällige Bedeutung, wenn man an die nicht wegzuläugnende [22]) Verwandtschaft mit vindiciae, worun-

---

22) Der Ableitung des Worts vindiciae von vim dicere scheint die Kürze des mittelsten i entgegenzustehen, der unmittelbaren von vindicare die Endung iae; allein die Schwierigkeit ver-

ter Gaius geradezu Besitz versteht, und daran denkt, daß die Bedeutung von dinglicher Klage, allerdings die einzige juristische der späteren Zeit, doch nur von einem charakteristischen Theil der processualischen Handlungen, dem „persönlich Macht über die Sache ausüben" hergenommen ist, sowie der sehr wahrscheinlichen Ableitung des Worts von vim dicere sich erinnert. Also: dem M. Claudius sind die Vindiciä der Zwischenzeit nach wie vor zugesprochen; allein er überläßt aus eigener Bereitwilligkeit dem Numitorius auf einen Tag den Besitz; dafür hat der Letztere Bürgschaft zu stellen, daß er nächsten Morgens die Jungfrau (und zwar, wie der weitere Verlauf ergiebt, in iure) stellen werde; ist dann der Vater zur Stelle, so erfolgt der zweite Termin, in welchem offenbar nach des Oheims Plan der Vater selber als Vindicant auftritt (Numitorius aber sich zurückzieht) und die definitiven Vindiciä nach Appius' eigenem Ausspruch erhält; erscheint dagegen der Vater nicht, und Appius hoffte sein Nichterscheinen erzwingen zu können, so bleibt es beim ersten Decret, mithin übt so M. Claudius die Zwischenvindicien vollkommen aus, Appius aber hat seinen schändlichen Plan erreicht.

Daß der Client dem Antrage seines Patrons, auf einen Tag mild zu seyn, sich fügte, versteht sich von selbst — das liegt in den Livianischen Worten: Quum instaret adsertor puellae, ut vindicaret sponsoresque daret —, ebenso, daß von der andern Seite das An-

schwindet, sobald man in vindex, vindiciis den Namen für vindiciae und vindicare zugleich erkennt.

erbieten angenommen würde; die Ausführung wird durch die Worte bezeugt: Ita vindicatur Virginia, spondentibus propinquis [23]), was also nicht den Sinn hat, den man nicht selten unterlegt: die Formalitäten der Vindicatio als Legis Actio werden vorgenommen, die Verwandten erscheinen als praedes litis et vindiciarum, sondern: Icilius nimmt die Virginia in seine factische Gewalt, die Verwandten (von denen bis dahin freilich nur eines einzigen, des Numitorius, gedacht worden ist) verbürgen sich dafür, daß jene am andern Tage werde vor den Magistrat gebracht werden.

Appius sieht sich in allen seinen Berechnungen getäuscht, Virginius erscheint am anderen Tage. Also steht der zweite Termin, in welchen die Legis Actio fällt, und die Vindiciä definitiv zu reguliren sind [24]), nach seinem eignen Ausspruch von gestern muß er sie dem Vater geben; allein von nun an geht Alles tumultuarisch zu: er giebt sie dennoch secundum servitutem mit Verletzung des von ihm selber hingestellten Rechtssatzes [25]). Livius,

---

23) Die vorhergehenden Worte des Icilius: Gratum est, crastina die vestra opera utar; sponsorum nunc satis est, scheinen nach dem Charakter des Icilius auf mögliche Gewalt am folgenden Tag gedeutet werden zu müssen.

24) So kann die Sache verhandelt worden seyn; allein es ist auch möglich, daß, da Icilius (oder Numitorius) seine Klage fallen ließ und der Vater nun als Vindicant auftritt, dieser Termin wiederum als der erste vorläufige betrachtet wurde und die Vindiciä wieder nur vorläufig zu reguliren waren.

25) Die Darstellung des zweiten Termins bei Dionys ist offenbar irrig; der Grieche hat den Zusammenhang nicht mehr verstanden, wenn er in Widerspruch mit Livius (nicht bloß hier, sondern auch c. 56. 57. wo die Klage des Tribunen genau auf die

kurz die Sache zusammenfassend, drückt sich so aus: Quem decreto sermonem praetenderit, forsan aliquem verum auctores antiqui tradiderint. quia nusquam ullum in tanta foeditate decreti verisimilem invenio, id quod constat nudum videtur proponendum, decresse vindicias secundum servitutem. Wahrscheinlich ist einer der verschiedenen von den Quellen referirten Entscheidungsgründe der, auf welchen hin Dionys seine angebliche Definitivsentenz abgeben läßt, nämlich daß der Decemvir auf seine eigene Wissenschaft, wie Virginia die Sklavin des M. Claudius sey, sich berief.

Der Hohn, der Wahnsinn, welcher in diesem Decret lag, bringen die blutige Katastrophe des Processes.

---

ab libertate in servitutem ertheilten Vindiciä gerichtet ist), so wie mit Cicero (vgl. Ascon. ad Corn.) und Pomponius (l. 2. §. 24. de O. I.), die in den falsch ertheilten Vindiciä das ganze Unrecht sehen, den Appius eine Definitivsentenz des Inhalts abgeben läßt, es sey die Virginia die Sklavin des M. Claudius (cap. 36.: καὶ κρίνω εἶναι τοῦτον τῆς παιδίσκης κύριον). Niebuhr II. p. 379.

IV.

Interpretationen aus den Schriften der Justinianeischen Juristen.[1])

Von

Herrn D. Zachariä von Lingenthal.

1. Von der Pronuntiatio.

Vorbemerkung. Der folgende Aufsatz ist geschrieben worden vor dem Erscheinen von Wetzell's Monographie über den Römischen Vindications-Proceß (1845). Obgleich nun derselbe mit mehreren Stellen dieser Schrift, besonders S. 107—128., 178 ff., zusammentrifft, so hat der Verf. dennoch Bedenken getragen, seine Arbeit danach umzuformen, da deren ursprüngliche unabhängige Gestalt gerade durch den Vergleich mit Wetzell's Ausführungen Interesse gewinnt.

Pronuntiatio bedeutet im Allgemeinen ein Verkündigen, ein öffentliches Aussagen: die Glossae nomicae übersetzen ganz richtig προφορά. Pronuntiare, pronuntiatio hat aber in der Sprache des Römischen Rechts auch noch besondere Bedeutungen. Unter andern ist diejenige technische

1) Die folgenden Aufsätze, von denen einige nur auf jüngst erst gedruckte Bruchstücke Justinianeischer Juristen aufmerksam sollen, bilden die Fortsetzung der Bd. XII. S. 258 ff. abgedruckten Abh. über die Prohibitoria actio.

Bedeutung merkwürdig, in welcher jene Ausdrücke bei obrigkeitlichen und richterlichen Verfügungen und Entscheidungen vorkommen; die Glossae nomicae übersetzen hier pronuntiatio mit *διαλαλιά* und *ἀπόφασις*. (Vgl. auch das Scholium des Anonymus, d. h. des Antecessors Julianus l. 13. §. 6. D. de his qui notantur in Basil. Heimbach. II. p. 446.) Abgesehen von Straferkenntnissen und Verfügungen der Magistrate in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, werden sie namentlich auch zur Zeit des ordo judiciorum privatorum gebraucht für Entscheidungen des judex oder der recuperatores: und von der pronuntiatio in diesem technischen Sinne soll hier gehandelt werden.

Nach Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts Bd. III. S. 415. soll eine jede richterliche Verfügung, weil sie stets mündlich ausgesprochen werden mußte, eine pronuntiatio gewesen seyn, und auch die sententia, obwohl sie üblicher Weise vorher aufgezeichnet wurde, soll doch pronuntiirt worden seyn[2]. Allein betrachtet man die Quellen näher, — in denen z. B. der Ausdruck: sententia pronuntiatur nirgends vorkommt, — so erscheint es zweifelhaft, ob pronuntiare von allen Ver-

2) Vergl. auch Puchta Institutionen Bd. II. S. 187. und Asverus die Denunciation S. 7. Wenn es wahr wäre, daß das Wort nuntiare und seine Composita im engeren Sinne regelmäßig auf ein förmliches Verkündigen (vor Zeugen) zu beziehen seyen, so könnte man bei den hier in Frage stehenden pronuntiationes an Verkündigungen vor den Zeugen denken, welche bei den Verhandlungen in judicio stets zugezogen worden seyn sollen. (Asverus a. a. O. S. 2 ff. und S. 35 ff.) Die Prüfung dieser Hypothesen kann jedoch hier füglich dahingestellt bleiben.

fügungen und Erkenntnissen des judex gebraucht worden ist, und ob nicht vielmehr dieser Ausdruck, von Entscheidungen des judex oder der recuperatores gebraucht, eine engere Bedeutung habe.

Zuvörderst nämlich möchte so viel unbestreitbar seyn, daß bloß proceßleitende Decrete, wenn dieser neuere Begriff und Ausdruck hier angewendet werden darf, nicht „pronuntiirt", nicht pronuntiationes genannt worden sind. Decrete dieser Art machen einen Theil der cognitio aus, sie gehören zu dem agere causam, und diesem wird das pronuntiare als etwas Verschiedenes gegenübergestellt. Am bestimmtesten geschieht dieß in

l. 74. pr. D. de judiciis: „De qua re cognoverit judex, pronuntiare quoque cogendus erit."

Derselbe Gegensatz findet sich aber auch noch in l. 71. 73. pr. D. eodem.

Also die pronuntiatio ist niemals ein proceßleitendes Decret: sie ist vielmehr immer eine endliche Entscheidung, welche der Richter nach Anhörung beider Parteien oder bei fortwährendem Ungehorsam der einen Partei giebt. Das pronuntiare ist ein statuere, wie es in l. 46. pr. D. de V. S. heißt:

„pronuntiatum et statutum idem potest: promiscue enim et pronuntiasse et statuisse solemus dicere eos, qui jus habent cognoscendi."

— Die pronuntiatio ist eine sententia, wie deutlich hervorgeht aus

l. 26. D. de re judicata: „Si convenerit inter litigatores, quid pronuntietur, non ab

re erit, judicem huiusmodi sententiam proferre."

Eine andere Frage ist, ob die Römer eine jede sententia des Richters pronuntiatio genannt haben, oder nicht. Was diese Frage betrifft, so scheint zwar allerdings in l. 71. 73. pr. 74. pr. D. de judiciis, und ebenso auch noch in anderen Stellen, z. B. in l. 1. D. de re judicata, in l. 1. pr. D. quae sententiae sine appellatione, der Ausdruck pronuntiare ganz allgemein von der Fällung eines Enderkenntnisses verstanden werden zu müssen: allein regelmäßig hat pronuntiatio eine engere Bedeutung, kraft deren sie einen Gegensatz zu der condemnatio bildet. Einigermaßen erhellt dieser Gegensatz schon aus

l. 59. §. 2. D. de re judicata: „Qui sortis quidem condemnationem faciunt, de usuris autem ita pronuntiant, usurae si quae competunt vel quae competunt ut praestentur, non recte pronuntiant, debent enim de usuris quoque cognoscere, et certam facere condemnationem."

Noch entschiedener tritt dieß hervor bei Betrachtung der einzelnen Fälle, in welchen das Enderkenntniß durch pronuntiatio oder pronuntiare bezeichnet wird: hier ist es überall ein Enderkenntniß ohne condemnatio, durch welches die Existenz eines nicht aus einer Obligation entspringenden oder dem Kläger ohne Beziehung auf eine bestimmte Person gebührenden Rechts anerkannt wird.

Zur Zeit des ordo judiciorum privatorum gab es formulae, die eine condemnatio enthielten, und solche, bei denen dieß nicht der Fall war. Formulae der letzteren Art waren die praejudiciales formulae (Gaj. IV, 44.). Wenn es wahr ist, daß die pronuntiatio ein Urtheil von der angegebenen Art bedeutet, so muß die richterliche Entscheidung bei diesen formulae den Namen pronuntiatio geführt haben. Dieß ist nun in der That auch der Fall. So heißt es z. B.

l. 8. §. 1. D. de in jus vocando: „— si quis praejudicio pronuntietur esse libertus —";

so wird in unzähligen anderen Stellen [3]) gesagt, daß einer als servus, libertus, liber, ingenuus, oder als filius u. dgl. pronuntiirt worden sey. Danach ist wenigstens das unzweifelhaft, daß pronuntiare für das Definitiverkenntniß bei Präjudicialklagen, durch welches ein gewisser status anerkannt oder declarirt wird, der technische Ausdruck ist.

Was die formulae, welche eine Condemnation enthielten, betrifft, so war bei diesen zur Zeit des ordo judicorum privatorum die condemnatio immer „ad

3) Vgl. l. 10. D. de his qui sui, l. 8. §. 1. D. quod metus causa, l. 24. D. de dolo malo, l. 7. §. 1. D. de hered. petitione, l. 58. 67. D. de condictione indeb., l. 8. §. 5. D. mandati, l. 1. §. 16. l. 3. pr. l. 5. §. 9. D. de agnosc. et alend. liberis, l. 11. D. de admin. et peric. tutorum, l. 23. 24. D. de manumissionibus, l. 53. D. de manum. testamento, l. 19. D. qui et a quibus, l. 27. §. 1. l. 29. §. 1. D. de liberali causa, l. 1. D. si ingenuus, l. 3. 4. D. de collus. detegenda. — Vgl. auch Sueton. Vespas. c. 3. Petron. c. 80.

pecuniariam aestimationem concepta" (Gaj. IV, 48.). Allein bekanntlich [4]) war hier noch ein Unterschied zwischen den arbitrariae actiones, und denen, welche nicht arbitrariae waren, je nachdem die condemnatio erst dann erfolgt,

„nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat,"

oder aber sofort ausgesprochen wurde; bei den arbitrariae actiones ging also der condemnatio noch ein sog. arbitrium de re restituenda vel exhibenda voraus, welches gleichwohl der Sache nach schon ein Endurtheil war. Bei den actiones, welche nicht arbitrariae sind, wird nun pronuntiare von dem richterlichen Urtheile regelmäßig nicht gebraucht, sondern entweder finden sich die ganz allgemeinen Ausdrücke sententiam dicere, proferre u. s. w., oder es ist von einem condemnare, absolvere die Rede. Bei den arbitrariae actiones dagegen wird zwar auch die endliche condemnatio oder absolutio regelmäßig nicht pronuntiatio genannt: wohl aber kommt in gewissen Fällen pronuntiare zur Bezeichnung für das der condemnatio vorhergehende Enderkenntniß vor. Das letztere besteht nämlich zuweilen bloß in einem Befehle des Richters an den Beklagten, zu restituiren oder zu exhibiren: zuweilen enthält es zuvor noch den Ausspruch, daß dem Kläger das Recht zustehe, worauf er seine Klage ge-

4) Vgl. §. 31. J. de actionibus. — v. Savigny, System Bd. V. S. 119 ff. Puchta Institutionen Bd. II. S. 125 f.

gründet hat. Jenes ist der Fall z. B. bei den persönlichen Klagen, welche arbitrariae sind: dieses z. B. bei der Klage, die im neueren Rechte rei vindicatio heißt [5]). In dem ersteren Falle nun wird das sog. arbitrium de re restituenda vel exhibenda nicht durch pronuntiatio oder pronuntiare bezeichnet: es ist bald von einem arbitrari, bald von einem decernere, bald von einem jubere die Rede [6]). In dem letzteren Falle dagegen kommt für das der condemnatio vorhergehende Erkenntniß, welches außer dem Befehl zu restituiren noch eine Anerkennung des von dem Kläger behaupteten Rechts enthält, sehr häufig der Ausdruck pronuntiare vor. So z. B. kommt dieser Ausdruck vor bei der rei vindicatio in folgenden Stellen:

l. 40. §. 2. D. de procuratoribus; „— rem meam esse pronuntietur —“

l. 31. D. de pignoribus: „— pronuntiatum esset, fundum secundum legem domini esse; —“

l. 6. §. 2. D. de confessis: „— si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset. —“

und in l. 3. §. 3. D. de rebus eorum qui sub tutela und l. 30. §. 1. D. de exc. rei judicatae: — ferner bei der confessoria actio in

---

5) In l. 35. §. 1. D. de rei vindicatione wird es ausgedrückt durch „sententia declarare rem actoris esse“. Vgl. auch l. 8. §. 4. D. si servit. vind.

6) Vgl. z. B. l. 14. §. 5. l. 23. §. 2. 3. D. quod metus causa, l. 12. §. 5. D. ad exhibendum, l. 13. §. 9. D. de acq. possess.

l. 35. D. de act. emti: „— de jure servitutis in rem actione pronuntiatum —"

und in l. 8. §. 4. D. si servitus vindicetur: — endlich bei der hereditatis petitio in l. 50. §. 1. D. de legatis I, l. 8. D. de his quae ut indignis, l. 12. §. 3. D. de bonis libertorum, l. 47. §. 1. D. de manumiss. testamento, l. 5. §. 1. D. de re judicata, l. 122. §. 6. D. de verbor. obligationibus, l. 14. §. 1. D. de appellationibus und namentlich in

l. 15. D. de except. rei jud.: „— meam esse hereditatem pronuntiatum sit —" [7]).

Was endlich die Interdicte betrifft, so muß es wegen der mannichfaltigen Interpretationen und Verstümmelungen, welche die ganze alte Lehre von den Interdicten in Justinian's Digesten erfahren hat, unentschieden gelassen werden, ob auch bei ihnen der Ausdruck pronuntiare und pronuntiatio in einem ähnlichen technischen Sinne von den alten Juristen gebraucht worden war. Es möge hier nur bemerkt werden, daß in Beziehung auf das interdictum quorum bonorum jene Ausdrücke in keiner Stelle sich finden, dagegen in Beziehung auf das interdictum uti possidetis als exitus controversiae possessionis in l. 35. D. de acquir. vel amitt. possessione bezeichnet wird:

„— ut prius pronuntiet judex, uter possideat —".

---

7) Auch bei der querela inofficiosi ist in demselben Sinne von einem pronuntiare die Rede: vgl. l. 8. §. 14. 16. l. 10. 22. §. 1. l. 26. 29. pr. D. de inofficioso und l. 5. §. 1. D. de appellationibus.

Folgt nun aus dem Bisherigen das schon oben angegebene Resultat, daß pronuntiatio im engeren Sinne ein Enderkenntniß ohne condemnatio bedeutet, durch welches das Vorhandenseyn eines dem Kläger nicht aus einer Obligation oder nicht allein in Beziehung auf den bestimmten Beklagten zustehenden Rechts declarirt wird, so entsteht die Frage, wie diese besondere Bedeutung mit dem Ausdruck pronuntiare sprachlich verknüpft werden könnte. Man ist zunächst versucht, das pronuntiare in den angegebenen Fällen für identisch mit praenuntiare zu halten, weil in denselben die pronuntiatio der Vorläufer eines anderen Rechtsstreites oder doch einer weiteren Sentenz, der condemnatio [8]), in dem obwaltenden Rechtsstreite ist. Allein dann müßte das sog. arbitrium de re restituenda vel exhibenda bei allen arbitrariae actiones, wie auch bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten, pronuntiatio genannt worden seyn, und da dieses in Wirklichkeit nicht der Fall ist, so bedarf es einer anderen Herleitung des engeren Begriffs dieses Wortes. Wahrscheinlich hat das declarare per sententiam, welches die pronuntiatio vorzugsweise bezeichnet, zur Wahl gerade dieses Ausdrucks geführt. Denn es ist bekannt, daß von den nicht juristischen Schriftstellern pronuntiare regelmäßig von einem besonders wichtigen oder ernstlichen

8) Absichtlich sage ich nicht auch: der absolutio. Denn wo die pronuntiatio gegen den Kläger ausfiel, war ihr wohl stets die absolutio unmittelbar hinzugefügt, oder es erfolgte die absolutio ganz einfach ohne ein pronuntiare.

oder feierlichen Aussprechen und Erklären gebraucht wird: aus dem juristischen Standpunkte aber ist ein Ausspruch oder eine Erklärung dieser Art besonders die, welche von dem Richter gethan wird oder ausgeht.

Das Ergebniß der vorstehenden Untersuchung über die technische Bedeutung des Wortes pronuntiatio hat insofern einigen Werth, als dadurch viele Stellen, in denen dieser Ausdruck vorkommt, einen bestimmteren, präciseren Sinn erhalten. Ferner ist es bei dem Streite zu beachten, der über die Natur des Pfandrechtes [9]), des interdictum quorum bonorum und uti possidetis [10]) geführt wird. Im Uebrigen aber könnte es schei-

---

9) Warum bei der hypothecaria actio eine pronuntiatio nicht vorkommt, obwohl sie, wenn das Pfandrecht ein jus in re ist, erwartet werden könnte, hat Keller Litiscontest. u. Urtheil S. 217. Anm. 7. zu erklären gesucht. Aber ob diese Erklärung genügend ist, steht dahin.

10) Hier scheint z. B. das pronuntiare für die Meinung derer zu sprechen, welche das interdictum uti possidetis lediglich auf die controversia possessionis beziehen wollen. Dieß scheint, beiläufig gesagt, auch der Antecessor Stephanus zu thun, welcher in einem Scholium zu Basil lib. XV. tit. 1. cap. 9. oder l. 9. D. de rei vindicatione sagt: ὃ θέλει εἰπεῖν, τοῦτό ἐστιν, ὅτι τινὲς κατὰ μόνου, τοῦ κυρίως ἔχοντος νομὴν οὐ μὴν φυσικὴν κατάσχεσιν εἰρήκασι κινεῖσθαι τὴν σπεκιαλίαν ἰν ῥὲμ. νομὴ δέ ἐστι κυρίως ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή. οἶδας δέ, ὅτι ταῦτα τὰ ἰντέρδικτα παρέχονται, ἔνθα δύο τινές περὶ δεσποτείας μάχονται πράγματος καὶ ἕκαστος αὐτῶν δεσπότην τε καὶ νομέα φησὶν ἑαυτόν. ἀλλὰ τὸ μὲν οὔτι ποσσιδέτις ἰντέρδικτον χώραν ἔχει ἐπὶ ἀκινήτων πραγμάτων, τὸ δὲ οὔτρουβι ἐπὶ κινητῶν· ἡνίκα δὲ τῷ περὶ δεσποτείας ἀγῶνι καὶ νομῆς συμπλέκεται λόγος, πρότερον ἐξετάζεσθαι δεῖ τὸ περὶ νομῆς, καὶ οὕτω παρὰ τῷ αὐτῷ δικαστῇ τὰ περὶ τῆς δεσποτείας ζητεῖσθαι, ὡς ἀνήνεκται βι. γ'

nen, als ob die pronuntiatio keine eigenthümliche Bedeutung oder Wirkung, sondern nur die eines jeden sg. arbitrium de re restituenda vel exhibenda (z. B. daß der Kläger gegen den ungehorsamen Beklagten in litem schwören konnte) gehabt habe: wodurch dann freilich das gewonnene Resultat wieder zweifelhaft werden würde, indem die Römer für juristisch unwichtige Begriffe niemals besondere technische Ausdrücke gebildet haben.

In der That aber hat die pronuntiatio eine eigenthümliche Bedeutung.

Zuvörderst ist bei den Klagen, bei welchen eine pronuntiatio vor dem Endurtheile vorkommt, ein solches der Condemnation vorhergehende Erkenntniß über das von dem Kläger behauptete dingliche Recht schlechterdings nothwendig. Bei den anderen arbitrariae actiones kann unter Umständen (si manifestum sit, restitui non posse) mit Umgehung des sog. arbitrium de

---

τοῦ κώδ. ὑπὸ τὸν λβ' τοῦ βι. τίτλον ἐν τῇ γ' διατάξει. συνᾴδει δὲ ταύτῃ τὸ εἰρημένον ἐν τῷ α' τι. τοῦ αὐτοῦ βι. διατ. ι'. (Quod dicere vult, hoc est, nonnullos dixisse, specialem in rem actionem adversus eum solum intendi, qui proprie possessionem, non autem adversus eum, qui naturalem detentionem habeat. Possessio autem proprie est detentio animo domini. Scis autem haec interdicta locum habere, ubi duo de proprietate rei litigant et uterque se et dominum et possessorem dicit. Et Uti possidetis quidem interdictum locum habet in rebus immobilibus, Utrubi autem in mobilibus. Nimirum quando certamini de proprietate etiam de possessione controversia juncta est, primum possessio examinanda est, et tunc apud eundem judicem de proprietate quaerendum, ut relatum est lib. III. Cod. tit. 32. const. 13. Huic concinit, quod dictum est libro eodem tit. 1. const. 10.)

re restituenda auch unmittelbar eine Condemnation erfolgen; vgl. l. 18. §. 1. D. de dolo malo. Bei jenen Klagen aber muß auch unter diesen Umständen die pronuntiatio erfolgen, weil sie für den Kläger als Grundlage einer etwa künftig von demselben vorzuschützenden exceptio rei judicatae von Wichtigkeit ist [11]. Merkwürdiger Weise werden in dem bekannten §. 31. J. de actionibus gerade diejenigen arbitrariae actiones nicht erwähnt, bei denen, wie gesagt, ihrer Natur nach eine bloße condemnatio niemals genügen kann, bei denen sich also die Fällung eines Urtheils vor der condemnatio gewissermaßen von selbst versteht: umgekehrt scheinen diejenigen arbitrariae actiones, bei denen dieß nicht eben so der Fall ist, vollständig aufgezählt zu seyn [12]. Ja vielleicht sind es bloß diese actiones, welchen der Name arbitrariae technisch zukommt, während jenen dieser Name eigentlich gar nicht beigelegt werden darf: so daß also die Aufzählung der arbitrariae actiones in der Institutionenstelle überhaupt vollständig wäre.

Eine andere eigenthümliche Bedeutung der pronuntiatio besteht in Folgendem. Die condemnatio kann ihrer Natur und dem Wortlaute nach immer nur eine

---

11) Vergl. Keller über Litis Contestation und Urtheil. S. 212 ff.

12) Anders erklärt die Wahl der Beispiele einer arbitraria actio in der Institutionenstelle v. Savigny, System Bd. V. S. 130 f., jedoch scheint er einige Klagen mit Unrecht zu den arbitrariae actiones zu zählen. S. Puchta Institutionen Bd. II. S. 127. Anm. u.

Obligation zwischen dem siegenden Kläger und dem besiegten Beklagten zur Folge haben: nach dem Grundsatze „obligatio tertio non contrahitur“ kann die Condemnation auf Dritte keine Wirkung äußern. Dasselbe ist der Fall bei dem sog. arbitrium de re restituenda, wo es lediglich in einem Befehl an den Beklagten besteht, daß er restituiren solle. Anders aber verhält es sich mit der pronuntiatio. Diese ist bei den Präjudicien und den anderen Klagen, bei welchen sie vorkommt, stets in rem gefaßt. Dem Wortlaute und ihrer Natur nach [13]) kann sie daher eine weiter reichende Wirkung haben, und in der That finden wir auch, daß hier der Satz „res judicata jus facit inter partes“ nicht in seiner vollen Strenge festgehalten, oder aber in eigenthümlicher Bedeutung genommen worden ist. Bekannt ist, welche eingreifende Wirkung die pronuntiatio bei Präjudicialklagen hat: man hat sogar als Regel aufstellen wollen, daß sie jus inter omnes mache [14]). Offenbar liegt der Grund hiervon nicht in der eigenthümlichen Natur der Präjudicialklagen, sondern in der der pronuntiatio. Eben darum müssen ähnliche Grundsätze gelten, wo eine pronuntiatio bei anderen Klagen vorkommt. Und so erscheint denn als Folgerung aus einem allgemeineren Principe, was man bisher als ein-

13) Vgl. Keller a. a. O. Doch muß, was Keller hier und weiterhin für die in rem actiones überhaupt zu beweisen sucht, auf diejenigen beschränkt werden, bei welchen eine Pronuntiatio vorkommt, gilt also z. B. nicht von der Publicana oder Serviana actio.

14) Keller a. a. O. S. 392 ff.

zelne Besonderheiten betrachtet hat, daß nämlich die pronuntiatio, wenn der Intestaterbe gegen den im Testamente eingesetzten Erben mit der hereditatis petitio oder querela inofficiosi klagt und für ihn pronuntiirt wird, auch gegenüber den Vermächtnißnehmern und den im Testamente freigelassenen Sklaven [15]), oder wenn ein theilweiser Eigenthümer eines Grundstückes für dieses eine Prädialservitut vindicirt und siegt, auch für seine Miteigenthümer gilt [16]).

In der rescribirten Konstantinopolitaner Basiliken-Handschrift, welche ich jüngst als Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae herausgegeben habe, finden sich zu lib. XV. tit. 1. mehrere Scholien, in denen der pronuntiatio gedacht wird. Diese — sämmtlich, wie es scheint, aus der Digestenbearbeitung des Antecessor Stephanus entnommen, — mögen hier um so mehr vollständig mitgetheilt werden, als sie nicht nur die Veranlassung zu den vorstehenden Bemerkungen gegeben haben, sondern auch noch zu anderen Betrachtungen Gelegenheit bieten. Es sind folgende:

1. Schol. ad Basil. XV, 1, 13 = Dig. VI, 1. 13.

P. 8 sq. meiner Ausgabe.

στεφάνου. τοῦτο νόησον εἰ μὴ ἄρα ἀπὸ μόραν (?) ἢ ἐξ ἄλλης αἰτίας	**Stephani.** Hoc intellige, nisi forte .... vel ex alia causa praeter

15) Keller a. a. O. S. 382 ff.
16) S. l. 4. §. 3. D. si servitus vind. Keller S. 400.

δίχα δόλου καὶ κούλπας τοῦ ποσσέσσορος ὁ οἰκέτης ἐτελεύτησε. ἐπεὶ γὰρ οὕτως ἐτελεύτησε, ἀπολύεται ὁ ἐναχθεὶς, πλὴν [εἰ μὴ μετὰ προνουντατίονα][17]) ἐτελεύτησε. τοῦ[το γὰρ] λέγ[ων] οὐ[κ] ἐναντιώσεις τ[οῖς κ]ει[μένοις] ἐν τῷ ιε΄ ις΄ ιζ΄ καὶ κζ΄ διγ. τούτου τοῦ τί. [τί οὖν] ἐστὶ προ[νουντατίων;] μάθε. τῆς ἰν ῥὲμ κινουμένης εἰ ἀποδείξω τὸ πρᾶγμα ἐμὸν εἶναι, γίνεται ἀπὸ δικ[αστοῦ] πρ[ονουντατίων. λέγ]ει γὰρ ὁ δικαστής· συν[έστη] τὸ πρᾶγμα διαφέρειν τῷ πετίτωρι, καὶ λοιπὸν χρὴ τὸν ῥέον ἢ ἀποκαταστῆσαι τὸ πρᾶγμα ἢ ὅρκῳ τοῦ ἄκτορος, καταδικάζεσθαι. τοῦτο γάρ φησιν ἐν τῷ ιζ΄ διγ. ὁ Ulpianos [18]).

dolum et culpam possessoris servus mortuus est. Nam si ita mortuus est. absolvitur reus, nisi post pronuntiationem mortuus sit . . . . in dig. 15. 16. 17 et 27. hujus tituli. Quid autem est pronuntiatio? Disce. Si in rem agatur et rem meam esse probavero, a judice pronuntiatio fit. Dicit enim judex: demonstratum est, rem actoris esse, et ita reus aut rem restituere debet aut quanti in litem actor juraverit condemnari. Hoc enim dicit dig. 17. Ulpianus.

---

17) Das in Klammern Eingeschlossene ist von mir ergänzt worden. Alles wiederherzustellen, hat mir nicht gelingen wollen.

18) In l. 17. D. de R. V. steht wenigstens in unseren Ausgaben davon nichts.

2. Scholia ad Basil. XV, 1, 17 = Dig. VI, 1, 17.

§. 1.

P. 12 sqq. meiner Ausgabe.

Ἀλλότριόν[19]) τις κατέχει οὐκέτην, ἐνήχθη περὶ αὐτοῦ τῇ ἰν ῥέμ, καὶ ἐξηνέχθη προνουντατίων[20]) παρὰ τοῦ δικαστοῦ[21]). τί δὲ ἐστὶ προνουντατίων; μάθε. τῆς ἰν ῥὲμ κινουμένης εἰ ἀποδείξω τὸ πρᾶγμα ἐμὸν εἶναι, γίνεται ἀπὸ τοῖ [δικαστοῦ][22]) προνουντατίων. λέγει γὰρ ὁ δικαστής· συνέστη τόδε τὸ πρᾶγμα διαφέρειν τῷ πετίτωρι, καὶ λοιπὸν χρὴ τὸν ῥέον ἢ ἀποκαταστῆσαι τὸ πρᾶγμα ἢ ὅρκῳ τοῦ ἄκτορος [κατα]δικάζεσθαι[23]). τινός

Alienum quis servum detinet, propter eum in rem actione conventus est, et pronuntiatio a judice prolata est. Quid autem est pronuntiatio? Disce. Si in rem agatur et rem meam esse probavero, a judice pronuntiatio fit. Dicit enim judex: demonstratum est, rem actoris esse, et ita reus aut rem restituere debet aut quanti in litem actor juraverit condemnari. Igitur quum quis alienum servum possideret, — accede enim ad propositum, — et in

19) Das Folgende ist die ἑρμηνεία εἰς πλάτος oder der ἴνδεξ der l. 17. §. 1. D. de R. V. aus dem Digestencommentare des Stephanus.

20) In der HS. wird bald περνοῦντ. bald προνοῦντ. geschrieben.

21) Die HS. hat ἄκτορος.

22) War nicht zu lesen in der HS. Vielleicht δικάζοντος.

23) Die HS. hat bloß δικάζεσθαι.

κειμομένου [24]) τοίνυν τὸν ἀλλότριον οἰκέτην, — ἐλθὲ γὰρ ἐπὶ τὸ προκείμενον, — ἐναχθέντος τῇ ἐν ῥέμ, ἐξηνέχθη προνουντατίων, ὡς πρόδηλόν τε καὶ ἀναμφίβολον εἶναι λοιπὸν τὴν τοῦ ποσσέσσορος μόραν μεθ' ἣν ἐτελεύτησεν ὁ οἰκέτης. λέγει τοίνυν ὁ ἰουλιανός, εἰ μόραν ἐποίησεν ὁ ποσσέσσωρ καὶ οὐκ ἀποκατέστη τὸν οἰκέτην, χρὴ τὸν ἐναχθέντα καταδικάζεσθαι καὶ ἐπὶ τοῖς καρποῖς ἢ ταῖς ὀπέραις ταῖς ἄχρι καιροῦ τῆς καταδίκης. οὐ μόνον δὲ καρπὸν ἀλλὰ καὶ πᾶσαν καῦσαν χρὴ παρέχεσθαι, φησὶν ἰουλιανός, καὶ διὰ τοῦτο καὶ τὸν μετὰ προκάταρξιν τοκετὸν εἰς ἀποκατάστασιν φέρεσθαι, τουτέστιν ἀποκαθίστασθαι, καὶ οὐ μόνον αὐ-

rem actione conventus esset, pronuntiatio prolata est, ut jam mora possessoris manifesta et minime dubia sit, et post hanc servus mortuus est. Dicit igitur Julianus, si moram fecit possessor et servum non restituit, reum condemnari oportet etiam fructuum nomine vel operarum usque ad condemnationis tempus. Nec solum fructum sed etiam omnem, causam praestandam esse Julianus dicit, et ideo et partum post litem contestatam in restitutionem venire, hoc est restitui, nec solum ipsum, sed etiam fructus sive operas partuum. Usque adeo etiam causae, id est quae quolibet modo accedunt, post litem contestatam in condemnationem actionis in

24) Die HS. hat κειμόμενος.

τόν, ἀλλὰ καὶ τοὺς καρποὺς ἤτοι τὰς ὀπέρας τῶν τοκετῶν. ἐπὶ τοσοῦτον καὶ αἱ καῦσαι, τουτέστι τὰ ὁπωσοῦν προσγενόμενα, μετὰ προκάταρξιν κατάγονται εἰς τὴν τῆς ἰν ῥὲμ καταδίκην ὀφφικίῳ δηλονότι τοῦ δικάζοντος, ὅτι ἐὰν ὁ ποσσέσσωρ προφάσει τοῦ οἰκέτου κτήσηται τὸν ἀκουΐλιον, — θὲς γὰρ ὅτι μετὰ προκάταρξιν οὐσουκαπιτευθέντα [25]) παρὰ τοῦ ποσσέσσορος τὸν οἰκέτην ἕτερος ἔπληξεν ἢ ἀνεῖλεν καὶ εἵρμοσε λοιπὸν αὐτῷ ὡς δεσπότῃ ὁ ἀκουΐλιος —, ἐὰν οὖν προφάσει τοῦ οἰκέτου κτήσηται τὸν ἀκουΐλιον ὁ ποσσέσσωρ, φησὶν ἰουλιανός, ἀναγκάζεσθαι αὐτὸν ἐκχωρεῖν τὸν ἀκουΐλιον, ὃν ἐκτήσατο προφάσει τοῦ οἰκέτου, ὃν εἶχεν ὑπὸ τὴν

rem deducuntur judicis nimirum officio, ut si possessor occasione servi actionem legis Aquiliae acquisierit, — pone enim servum a possessore post litem contestatam usucaptum ab alio vulneratum vel occisum esse et sic illi tamquam domino actionem legis Aquiliae competere —, si igitur per servum possessor acquisierit actionem legis Aquiliae, dicit Julianus, cogi eum cedere actionem legis Aquiliae, quam per servum acquisivit, quem possedit et post litem contestatam usucepit. Quod si dolo servum possidere desiit possessor, postquam semel, ut dictum est, usucapiendo post litem contestatam ejus servi dominus effectus est, et alius quis servum injuria occi-

25) In der HS. glaubte ich zu lesen: οὐσουκαπιτευέντα.

αὐτοῦ κατοχὴν μετὰ προκάταρξιν οὐσουκαπιτεύων αὐτόν. εἰ μέντοι κατὰ δόλον ἐπαύσατο τῆς τοῦ οἰκέτου νομῆς ὁ ποσσέσσωρ ἅπαξ, ὡς εἴρηται, δεσπότης τούτου αὐτοῦ τοῦ οἰκέτου διὰ τῆς οὐσουκαπίονος ἤδη γενόμενος μετὰ προκάταρξιν, καί τις ἕτερος [τὸν] οἰκέ[την] ἀνεῖλ[εν ἀ]δίκ[ως], τότε τὸ τίμημα τοῦ οἰκέτου ἢ τὰς κατὰ τοῦ ἀνελόντος ἀγωγὰς παρέχειν ἤτοι ἐκχωρεῖν ὁ ποσσέσσωρ ἀναγκάζεται, ὁπότερον αὐτῶν ὁ πετίτωρ ἕλοιτο. ἀποκαθιστῶν δὲ ὁ νῦν ἐναγόμενος ὀφείλει τῷ πετίτωρι καὶ τοὺς καρποὺς οὓς ἔτυχε παρ' ἑτέρου νομέως λαβὼν, — θὲς γάρ, ὅτι ἑτέρου τὸν οἰκέτην κατέχοντος κινήσας τὴν ἰν ῥὲμ καὶ συναρπάσας τὸν οἰκέτην ἔλαβε τὸν τοκετὸν καὶ τὰς ὀπέρας —, ταύτας οὖν ἀπο-

derit, tunc pretium servi aut actiones adversus occisorem praestare sive cedere possessor cogitur, utrum eorum actor voluerit. Quodsi restituit qui nunc convenitur, debet etiam petitori fructus, quos ab alio possessore percepit, — pone enim eum, quum alius servum detineret, in rem actionem intendisse et servum obripuisse et partum et operas accepisse, — has igitur petitori, qui re vera dominus est, restituere debet: non enim lucrum facere debet ex eo servo, qui in lite esse coeperit. Quodsi is qui nunc convenitur, servum desierit possidere eumque petitor exempli gratia septem menses detinuerit et servus denuo sub detentione possessoris constitutus fuerit, non debet ei fructum sive operas restituere ejus

καθιστᾶν ὀφείλει τῷ πετίτωρι καὶ πρὸς τὴν ἀληθείας ὄντι δεσπότῃ· οὔτε γὰρ ὀφείλει κέρδος ἑαυτῷ περιποιεῖν ἐκ τοῦ οἰκέτου τοῦ εἰς προκάταρξιν κατενεχθέντος. εἰ δὲ τὸν οἰκέτην ὁ νῦν ἐναχθεὶς [κατέχειν] [26]) ἐπαύσατο καὶ τοῦτον κατέσχεν ὁ πετίτωρ ἐπὶ μῆνας ζ' τυχὸν καὶ πόλιν ὑπὸ κατοχὴν εὑρεθῇ τοῦ ποσσέσσορος ὁ οἰκέτης, οὐκ ὀφείλει καρπὸν ἢ ὀπέρας ἀποκαθεστᾶν αὐτῷ τοῦ χρόνου, καθ' ὃν αὐτὸς ὁ νικήσας ἤτοι ὁ πετίτωρ ἔσχε τὴν τοῦ οἰκέτου νομήν. τὸ δὲ εἰρημένον, ὅτι ὁ τῇ ἐν ῥὲμ ἐναχθεὶς ἀναγκάζεται τῷ πετίτωρι ἀκουΐλιον ἐκχωρεῖν, τότε χώραν ἔχει, ὅτε, καθὰ τεθεμάτισται, μετὰ προκάταρξιν οὐσουκαπίτευσε τὸν οἰκέτην. τότε γὰρ διὰ

temporis, quo ipse, qui vicit, sive petitor servi possessionem habuit. Quod autem dictum est, eum, qui in rem actione conventus est, petitori actionem legis Aquiliae cedere cogendum esse, hoc tunc locum habet, quum, uti propositum est, servum post litem contestatam usu cepit. Tunc enim usucapione dominus servi effectus actionem legis Aquiliae tamquam dominus acquirere potuit: soli enim ei, qui occisionis tempore dominus est, legis Aquiliae actio competere solet: hanc igitur petitori cedit, licet servum usuceperit, quia post litem contestatam demum usucapio ei impleta est.

---

26) Fehlt in der HS.

τῆς οὐσουκαπίονος δεσπότης τοῦ οἰκέτου γενόμενος ἠδύνατο κτήσασθαι ὡς δεσπότης τὸν ἀκούτλιον· μόνῳ γὰρ τῷ ὄντι δεσπότῃ κατὰ τὸν καιρὸν τῆς πληγῆς ὁ ἀκούτλιος εἰώθει παρέχεσθαι· τοῦτον οὖν ἐχώρει τῷ πετίτωρι, κἂν τὸν οἰκέτην οὐσουκαπίτευσεν, ἐπειδὴ ὅλως μετὰ προκάταρξιν ἐπληρώθη αὐτῷ ἡ οὐσουκαπίων.

Εἰ[27]) μόραν ἐποίησεν ὁ ποσσέσσωρ ἐν ἀποκαταστατέῳ τῷ οἰκέτῃ, τουτέστιν ὅταν πάντως ἐχρῆν αὐτὸν ἀποκαθίστασθαι. πρόδηλον δὲ, ὅτι μετὰ προνουντατίονα χρεὼν ἦν τὸν οἰκέτην ἀποδοθῆναι. οὕτως οὖν θεματίζων εἰπὲ προνουντατίονος γενομένης, ἵνα καὶ ἀναμφίβολος ᾖ λοιπὸν ἡ μόρα

Si moram fecerit in homine reddendo possessor, hoc est si omnino eum restitui oporteret. Manifestum autem est, post pronuntiationem servum reddi debuisse. Ita igitur casum fingens dic „si pronuntiatio prolata fuerit", ut de caetero mora minime dubia sit et ut ne tibi adversetur quod paulo

27) Dieß ist eine παραγραφή des Stephanus zu den Worten der l. 17. §. 1. D. cit.: „si moram fecerit in homine reddendo possessor."

καὶ ἵνα μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ προειρημένον ἐν τῷ τέλει τοῦ ιε΄ διγ., ἔνθα διαστίζει ὁ οὐλπιανὸς, εἴτε βενάλιος ἦν ὁ οἰκέτης εἴτε καὶ μή. ἔσθι δὲ, ὅτι σήμερον ἡ προνουντατίων συνάπτεται τῷ ὅρῳ ἤγουν τῇ αὐτοτελεῖ τοῦ δικάζοντος ψήφῳ. οὕτω γάρ φησιν ὁ δικαστής· ἐκ τῶν παρ' ἐμοὶ κεκινημένων εὑρίσκω τὸν οἰκέτην διαφέροντα τῷ πετίτωρι. συνορῶ τοίνυν τόδε, καὶ οὕτω τῇ προνουντατίονι τὴν καταδίκην ἐπάγει [28]). τί οὖν; τὸ πάλαι περὶ προνουντατίονος εἰρημένον δεῖ δέχεσθαι σήμερον ἐκκλήτου παρὰ τοῦ ποσσέσσορος ἐπιδοθείσης μετὰ τὴν γενομένην κατ' αὐτοῦ καταδίκην, ὅτε τυχὸν καταδικασθεὶς καὶ ὀφείλων ἀποδοῦναι τὸν οἰκέτην

ante in fine dig. 15. dictum est, ubi Ulpianus distinguit, utrum servus venalis fuerit, nec ne. Scias autem, hodie pronuntiationem conjungi cum sententia sive definitiva judicis decisione. Judex enim sic loquitur: Ex his, quae apud me acta sunt, intelligo servum petitoris esse; videtur igitur mihi, quod etc. et sic pronuntiationi condemnationem adjicit. Quid ergo? Quod olim de pronuntiatione dictum est, hodie accipi debet de casu, ubi a possessore post condemnationem appellatio interposita est, ubi forte damnatus, quum servum reddere deberet, hoc quidem non fecit, sed appellationem interposuit, et medio tempore servum mori contigit.

28) Ich bin zweifelhaft, ob nicht in der HS. ἐπάγω steht. Doch würde dieß wohl ein Fehler seyn.

τοῦτο μὲν οὐκ ἐποίησεν, ἔκκλητον δὲ ἐπιδέδωκε, καὶ συνέβη ἐν τῷ μέσῳ τελευτᾶν τὸν οἰκέτην.

στεφανοῦ[29]) *ἐπειδὴ ὅλως καὶ ἐγένετο προκάταρξις καὶ τίμημα ἔλαβον. τιμήματος γὰρ μὴ δοθέντος, ἀλλὰ τοῦ οἰκέτου παρ' ἐμοὶ τελευτήσαντος μετὰ προκάταρξιν, τότε χώραν ἔχει ἡ ἐν τῷ ιε' διγ. κειμένη διάστιξις, καὶ οὐκ ἄλλως τὴν τοῦ τελευτήσαντος οἰκέτου δίχα δόλου καὶ κούλπας ἐμῆς διατίμησιν παρέχειν ἠναγκαζόμην, εἰ μὴ καὶ βενάλιος ἦν ὁ οἰκέτης καὶ μόραν ἐποίησα. καὶ ἁπλῶς εἰπεῖν τότε ὁ βόνα φίδε νομεὸς τελευτήσαντος τοῦ οἰκέτου μετὰ προκάταρξιν δίχα μέντοι δόλου καὶ κούλπας αὐτοῦ κατεδικάζεται, ὅτι*

Stephani. **Quia nimirum lis contestata est et pretium accepi.. Nam si pretium datum non fuerit, sed servus apud me mortuus fuerit post litis contestationem, tunc locum habet distinctio in dig. 15. facta, nec aliter aestimationem servi sine dolo vel culpa mea defuncti praestare cogor, quam si servus venalis erat et moram fecero. Et ut breviter dicamus, bonae fidei possessor servo post litem contestatam sine dolo vel culpa ejus defuncto tunc condemnatur, si aut venalis fuit servus et mora petitori facta est, aut post litem**

29) Ganz dasselbe Scholium, jedoch ohne Namen des Verfassers, kommt in der HS. unmittelbar vorher schon einmal vor. Es gehört wohl zu l. 17. pr. D. de R. V.

ἢ βενάλιος ἦν ὁ οἰκέτης καὶ μόρα γεγένηται τῷ πετίτορι, ἢ μετὰ προκάταρξιν τὸν οἰκέτην ἔτι περιόντα πωλήσας ὁ βόνα φίδε νομεὺς τίμημα ἔλαβεν, ἢ μετὰ προνουντατίονα ἐτελεύτησεν ὁ οἰκέτης. ταῦτα γὰρ ἔστι συνάγοντα λέγειν ἐκ τοῦ ιε'. καὶ ἐκ τοῦ α' καὶ β' θέματος τοῦ παρόντος διγ. [30]).

contestatam bonae fidei possessor servum adhuc viventem vendidit et pretium accepit, aut servus post pronuntiationem mortuus est. Hoc enim colligere est ex dig. 15. et themate 1 et 2 hujus digesti.

3. Schol. ad Basil. XV, 1, 18 = Dig. VI, 1, 18.

P. 14 meiner Ausgabe.

σῆ. ὅτι ἡ τῆς οὐσουκαπίονος ἀνάσχεσις [οὐ λ]ύει τὴν ὑποθήσην οὐδὲ [31]) ἀνατρέπει τὴν ἐλευθερίαν. ἀμ[έ]λ[ει] καὶ τοιαύτ[ην] ἐκφ[ωνεῖσθαι χρὴ] προνουντατίονα π[αρὰ τοῦ] δικαστοῦ· [συνέ]στη τὸν οἰκέτην

Nota quod usucapionis rescissio non dissolvit hypothecam nec infirmat libertatem. Caeterum etiam hujusmodi pronuntiatio a judice proferenda est: Demonstratum est, hunc hominem actoris fieri debere.

---

30) Der übrige Theil des Scholiums braucht hier nicht mitgetheilt zu werden.

31) In der HS. glaubte ich zu lesen ὑπόθεσιν εἰ δέ. Doch war daran wohl die Undeutlichkeit der Schriftzüge Schuld.

τόνδε γενέσθαι τοῦ ἄκτορος.

4. Scholia ad Basil. XV, 1, 27 = Dig. VI, 1, 27. §. 2.

P. 18 sq. meiner Ausgabe.

σ τ ε φ ά ν ο υ. εἶπον γάρ σοι καὶ ἐν τῷ ιζ' διγ. ὅτι ἡ τῆς ἀπομειώσεως διατίμησις οὐ κατὰ φύσιν τῆς ἰν ῥὲμ ἀλλὰ per judicem ἀπαιτεῖται. τῆς οὖν ἰν ῥὲμ ἀσθενούσης οὐχ οἷόν τέ ἐστι γίνεσθαι τῆς ἀπομειώσεως καταδίκην· πῶς γὰρ, ὅτε καὶ ἀσθενεῖ ἡ ἰν ῥέμ, ἀλλ' ὀφφικίῳ τοῦ δικάζοντος γίνεται τῆς ἀπομειώσεως καταδίκη; ἀπολύεται οὖν ὁ ῥέος, κἂν μετὰ προκάταρξιν ὁ οἰκέτης ἐτελεύτησεν, ἐν ᾧ δηλονότι μὴ βενάλιος ἦν ὁ οἰκέτης μήτε μόρα γεγένηται, μήτε πωλήσας αὐτὸν μετὰ προκάταρξιν ὁ ποσσέσσωρ τὸ τίμημα ἔλαβεν. ἐπὶ ἑκατέρῳ γὰρ ἀπολύεται

S t e p h a n i. Dixi tibi etiam in dig. 17., deteriorationis aestimationem non secundum naturam in rem actionis sed per judicem exigi. Itaque si in rem actio deficiat, non potest fieri deteriorationis condemnatio, — quomodo enim, quum deficiat in rem actio, et tantum officio judicis deteriorationis condemnatio fiat? Igitur reus absolvitur, etiamsi post litem contestatam servus mortuus sit, si nimirum servus venalis non erat et mora non est facta, nec possessor eum post litis contestationem vendidit et pretium accepit. Et quidem ab utroque ab-

ϑέματι[32]). εἰ δὲ ἐτελεύτησαν ὁ οἰκέτης ὡς ἔγνως ἐν τῷ ιε' καὶ ιζ' διγ., καὶ ἑνὸς δὲ τούτων μὴ ὑποκειμένου εἴτε μετὰ προνουντατίονα ἐτελεύτησεν, πάλιν ὁ ποσσέσσωρ καταδικάζεται, ὡς ἔγνως ἐν τῷ αὐτῷ ιζ' διγ., ὥσπερ οὖν καὶ μήπω προνουντατίονος γενομένης εἰ κατὰ δόλον ἢ κούλπαν τοῦ ἐναχθέντος ἐτελεύτησεν, ὡς δείκνυσι καὶ τὸ κα'[33]) διγ. καὶ τὸ πολλάκις ἡμῖν εἰρημένον, ὅτι καὶ ὁ βόνα φίδε νομεὺς μετὰ προκάταρξιν ἀπὸ δόλου καὶ κούλπας εὐθύνεται.

solvitur. Si vero servus mortuus est ea conditione, quam didicisti dig. 15 et 17., vel absque ejusmodi conditione si post pronuntiationem mortuus sit, possessor rursus condemnatur, ut in ipso illo dig. 17. didicisti, sicuti etiam tunc, quum ante pronuntiationem dolo vel culpa rei moritur, uti ostendit tum dig. 21. tum quod saepius a nobis observatum est, etiam bonae fidei possessorem post litis contestationem propter dolum et culpam teneri.

---

32) Wenn der Text hier fehlerfrei ist, was mir allerdings zweifelhaft scheint, so will Stephanus sagen, daß der Beklagte in dem zuvor angegebenen Falle sowohl in der Hauptsache als in Betreff der Deterioration freigesprochen werden müsse. In dem Folgenden zählt er dann die Fälle auf, in welchen der Beklagte wenigstens in der Hauptsache condemnirt wird.

33) In der HS. steht κδ'.

5. Scholia ad Basil. XV, 1, 79 = Dig. VI, 1, 79.
P. 33 sq. meiner Ausgabe.

Κατεῖχέ[34]) *τις ἀλόγως οἰκέτην καὶ προκατήρχθη ἡ ἰν ῥὲμ, ἀλλὰ μετὰ προκάταρξιν οὐ μὴν μετὰ προνουντατίονα ἐτελεύτησεν ὁ οἰκέτης. ποίους ἄρα δεῖ τὸν νεμόμενον ἀπαιτηθῆναι καρποὺς ἤτοι ὀπέρας; λέγει λαβεὼν τοὺς ἀπὸ καιροῦ προκατάρξεως μέχρι τῆς τοῦ οἰκέτου τελευτῆς. ταῦτα μὲν οὖν ἀπροσδιορίστως λαβεών. ὁ δὲ παῦλος διαστίζων οὕτω φησίν· ἀπαιτεῖται τοὺς ἀπὸ καιροῦ προκατάρξεως μέχρι τῆς τοῦ οἰκέτου τελευτῆς ὁ νεμόμενος, εἰ μὴ ἄρα συνέβη τὸν οἰκέτην πρὸ τῆς τελευτῆς ἀῤῥωστίᾳ τινὶ περιπεσεῖν καὶ τὰ συνήθη πράττειν μὴ δύνασθαι.*

Possidebat aliquis servum alienum et in rem actione conventus est, sed post litis contestationem non autem post pronuntiationem servus mortuus est. Quinam fructus sive operae a possessore exigi debent? Labeo dicit, fructus a tempore litis contestatae usque ad mortem servi. Haec quidem indistincte Labeo. Paulus autem distinguens sic dicit: fructus a tempore litis contestatae usque ad mortem servi a possessore exiguntur, nisi forte servus ante mortem in morbum incidit et consueta perficere non potuit.

34) Das Folgende scheint die *ἑρμηνεία* oder der Index der l. 79. D. de rei vind. aus dem Digestencommentare des Stephanus zu seyn.

στεφάνου[85]). οὐ μετὰ προυντατίονα, ἀλλὰ μετὰ μόνον προκάταρξιν.

Stephani. Non post pronuntiationem, sed solum post litis contestationem.

στεφανου[86]). οὐ μὴν ἐκ τῆς προκατάρξεως ἕως καταδίκης ἀλλὰ ἕως τελευτῆς τοῦ οἰκέτου, ἐπειδὴ μετὰ προκάταρξιν καὶ[87]) μὴ μετὰ προνουντατίονα ἐτελεύτησεν. ἦ γὰρ ἄν, [εἰ μετὰ προνουντατίονα ἐτελεύτησεν,] τὰς μέχρι καταδίκης ὀπέρας ἀπῃτεῖτο, ὡς ἐν τῷ ιζ΄ διγ. τοῦ παρόντος τι. σοὶ παρεδόθη [illegible]

Stephani. Non a litis contestatione usque ad condemnationem, sed usque ad mortem servi, quoniam post litis contestationem neque vero post pronuntiationem mortuus est. Profecto enim, [si post pronuntiationem mortuus est,] usque ad condemnationem operae exigerentur, ut in dig. 17. hujus tit. tibi traditum est. Memineris etiam eorum, quae in dig. 27. tibi tradita sunt. Illud autem didicisti in dig. 13. 16 et 17. hujus tituli,

85) [illegible]

86) [illegible]

87) [illegible]

προκάταρξιν συνέβη τελευτῆσαι τὸν οἰκέτην δίχα δόλου ἢ κούλπας τοῦ ποσσέσσορος, οὐ καταδικάζεται ὁ ἐνεχθεὶς ἐπὶ τῇ διατιμήσει αὐτοῦ, εἰ μὴ ἄρα βενάλιος ἦν ὁ οἰκέτης, ἢ τίμημα ἔλαβεν ὁ ποσσέσσωρ, ἢ μετὰ προνουντατίονα ἐλεύτησεν ὁ οἰκέτης. διὰ μέντοι τοὺς καρποὺς ἤτοι τὰς ὀπέρας τὰς μετὰ προκάταρξιν δηλονότι καὶ τὸν τοκετὸν ἢ τὴν περὶ ἐκοικήσεως ἐπερώτησιν ἀνάγκη γίνεσθαι [καταδίκην.] [38]) τοῦτο γὰρ τὸ ις΄ διγ. [ἐπάγει].

etiamsi forte post litis contestationem sine dolo vel culpa possessoris servus mortuus sit, reum ad aestimationem ejus praestandam non condemnari, nisi servus venalis erat, aut pretium possessor accepit, aut post pronuntiationem servus mortuus est. Propter fructus autem sive operas post litis contestationem perceptos et partum vel stipulationem de evictione necessaria est sententia: hoc enim addit dig. 16.

Die vorstehenden Auszüge aus dem Digestencommentare des Antecessor Stephanus geben zu mehrfachen Bemerkungen Veranlassung.

Zuvörderst ist darauf aufmerksam zu machen, wie nach der gewiß richtigen Angabe des Stephanus die Fassung der pronuntiatio eine andere ist, wenn der Kläger zur Zeit der Erlassung derselben wirklich Eigen-

38) Fehlt in der HS.

thümer ist, eine andere aber alsdann seyn muß, wenn der verklagte bonae fidei possessor nach der Litiscontestation die Usucapion vollendet hat. Ob diese Bemerkung auch noch im neuesten Rechte praktische Geltung habe, hängt davon ab, ob man (mit den griechischen Juristen) die justinianeische Ersitzung ebenso, wie die alte usucapio, ungeachtet der Litiscontestation ihren Weg verfolgen, oder durch die Litiscontestation, angeblich wie die longi temporis praescriptio, unterbrochen werden läßt.

Ferner behauptet Stephanus, daß der mit der rei vindicatio belangte bonae fidei possessor nach der pronuntiatio völlig in dieselbe Lage komme, in welcher der malae fidei possessor schon von der Litiscontestation an ist: daß er also z. B. regelmäßig auch für den zufälligen Untergang der Sache hafte, daß er auch die Früchte bis zur Zeit der Condemnation prästire. Diese Meinung ist gewiß ganz unbedenklich: bis zur pronuntiatio kann es dem Besitzer in gutem Glauben nicht zum Nachtheil gereichen, wenn er sein vermeintliches Recht vertheidigt, nach der pronuntiatio aber, durch welche er erfährt, daß er kein Recht hat, ist er wirklich und vollständig in mala fide und macht sich einer wahren mora schuldig, wenn er die Sache nicht sofort restituirt. Aber bemerkenswerth ist besonders, welchen Gebrauch Stephanus davon bei der Interpretation einzelner Stellen macht. Wo nämlich die Rede ist von dem, was der Beklagte zu restituiren habe, denkt er an die Zeit nach der pronuntiatio, wo

es nach dem Obigen keinen Unterschied mehr giebt zwischen einem bonae fidei und einem malae fidei possessor. Er vermeidet dadurch auf eine sehr einfache Weise die Bedenken, welche der Interpretation derer entgegenstehen, die z. B. die l. 13. oder die l. 15. §. 3. und die l. 16. D. de R. V. speciell von einem malae fidei possessor verstehen wollen [39]), ohne daß doch in diesen Stellen selbst eine genügende Hindeutung auf eine solche Supposition vorläge.

Endlich erkennt zwar Stephanus an, daß es nach justinianeischem Rechte eine von der condemnatio getrennte pronuntiatio nicht mehr gebe, er meint aber, daß nach dem neuen Rechte das ungetheilte Endurtheil, wenn der Beklagte von demselben appellire, die Wirkung der alten pronuntiatio, d. h. die Wirkung habe, daß der Beklagte, wenn er auch Anfangs in gutem Glauben war, doch von dem ersten Endurtheile an völlig wie ein malae fidei possessor hafte. Allein in diesem Punkte kann man Stephanus nicht beistimmen: er verkennt offenbar das Wesen der Appellation. Wenn der Beklagte bona fide appellirt hat, so ist er immer noch als bonae fidei possessor zu behandeln: das Urtheil des unteren Richters, dessen Wirksamkeit durch die Appellation überhaupt suspendirt ist, kann eben deßhalb auch an und für sich nicht die Wirkung haben, den Beklagten in eine wahre mala fides zu versetzen. Endlich zur Zeit des älteren Verfahrens

39) Vgl. Glück, Erläut. der Pandekten. Bd. 8. S. 234 ff.

konnte der Beklagte gewiß von der pronuntiatio appelliren, noch ehe die condemnatio erfolgt war: und in einem solchen Falle traten nach der Natur der Appellation die von Stephanus hervorgehobenen Wirkungen der pronuntiatio sicherlich nicht eher ein, als bis die pronuntiatio in oberer Instanz bestätigt worden war.

---

2. Zur Erklärung der l. 9. §. 7. D. de usufructu. 40)

Mit Beziehung auf diese Stelle haben viele Juristen die Behauptung aufgestellt, daß ein Usufructus an einem Gute, zu welchem auch Waldungen gehörten, dem Nutznießer in Beziehung auf die letzteren nur das Recht gebe, zum Besten des Guts Holz zu schlagen, und zwar ohne die Befugniß, das geschlagene Holz zu verkaufen. Ein ordentlicher Holzschlag aber und namentlich ein Holzverkauf soll dem Usufructuar nur dann gestattet seyn, wenn ein Wald für sich allein zum besonderen Gegenstand des Nießbrauchs gemacht worden ist.

In neuerer Zeit aber hat besonders Laspeyres (Archiv für civilist. Praxis Bd. XIX. Abh. 4.) gezeigt, daß eine solche Behauptung mit den allgemeinen Grundsätzen, welche vom Nießbrauche gelten, unvereinbar seyn würde. Er hat gezeigt, daß in der That auch die l. 9. §. 7. D. de usufructu von einer ganz anderen Frage

---

40) Vgl. v. Vangerow, Leitfaden I. S. 671.

handelt. Die Frage ist hier nämlich die: ob der Nutznießer eines Landguts auch die Waldflecke, Weidichte u. s. w. benutzen dürfe, welche zwar nicht zu diesem Gute gehören, bei dessen Bebauung aber bisher von dem Eigenthümer benutzt worden sind. Diese Frage bejaht dann Ulpianus dahin, daß der Nutznießer dergleichen Holzungen zwar benutzen dürfe, aber natürlich nur in der Weise, wie bisher der Eigenthümer, also nur zum Besten des Guts, nicht zu seinem persönlichen Vortheil.

Diese Erklärung der l. 9. §. 7. D. de usufructu, die sich übrigens schon in der Accursischen Glosse findet, wird nun auch vollkommen bestätigt durch die Paraphrase derselben Stelle, welche der Antecessor Stephanus in seinem weitläufigen Digestencommentare gegeben hatte. Der betreffende Auszug aus diesem Commentare hat sich in der rescribirten Basilikenhandschrift erhalten, die ich in Konstantinopel entdeckt habe. Vgl. meine Ausgabe p. 65.

Zu Anfang fehlen einige Worte, die auf einem verloren gegangenen Blatte gestanden haben; das Uebrige lautet, wie folgt:

— — τὸ ἰνστρούμεντον, ἔχει τοι, ὡς εἴρηται, τοῦ ἰνστρουμέντου τὴν χρῆσιν. ἐπειδὴ καὶ ἔνθα οὐσούφρουκτος ἀγροῦ ληγατεύεται, καὶ ἕτερός ἐστιν ἀγρὸς, ἐξ οὗ σύ-

— — instrumentum, habet igitur, sicuti dictum est, instrumenti usumfructum. Nam etiam sicubi ususfructus agri legatur, et alius ager est, ex quo solebat proprietarius

νηθες ἦν τῷ προπριεταρίῳ πάλους τινὰς ἤτοι κοντοὺς καὶ ὑποϱθώματα ἢ ἰτέας ἢ κάλαμον λαμβάνειν καὶ εἰς τὸν ἀγρὸν, οὗ τὸν οὐσούφρουκτον [41]) ἐληγάτευσε, μεταφέρειν, εἰς χρῆσιν τούτου αὐτοῦ τοῦ ἀγροῦ δύναται ὁ οὐσουφρουκτουάριος τῷ πάλῳ καὶ τῇ ἰτέᾳ καὶ τῷ καλάμῳ κεχρῆσθαι, οὐ μὴν καὶ πιπράσκειν τὶ ἐξ αὐτῶν, εἰ μὴ ἄρα τοῦ ἰτεῶνος αὐτοῦ ἢ τῆς παλαρίας ὕλης, τουτέστι τῆς ἐχούσης τοὺς πάλους, ἢ τοῦ καλαμῶνος ἰδικῶς οὐσούφρουκτος αὐτῷ ἐληγατεύθη. τότε γὰρ καὶ πιπράσκειν [42]) δύναται τὰ ἐκ τοῦ ἰτεῶνος καὶ τῆς ὕλης καὶ τοῦ καλαμῶνος λαμβανόμενα. γράφει γὰρ καὶ τρεβάτιος, δύνασθαι τὸν οὐσουφρουκτουάριον τὴν τιμητικὴν ὕλην, ἧς

palos nonnullos sive contos et pedamenta vel salicem vel arundinem quaerere: et in agrum, cujus usumfructum legavit, transferre, ad utilitatem hujus ipsius agri usufructuarius palo et salice et arundine uti potest, non autem vendere aliquid eorum, nisi forte ipsius salicti vel silvae palaris, i. e. quae palos habet, ve arundineti specialiter ususfructus ei legatus est. Tunc enim et vendere potest, quae ex salicto vel silva vel arundineto percipit. Nam et Trebatius scribit, usufructuarium posse silvam caeduam, cujus ususfructus ipsi legatus est, et arundinetum caedere, sicut proprietarius ipse caedebat, [et vendere,] licet non solebat ea vendere.

41) In der HS. steht ἀγρόν, ein offenbarer Schreibfehler.
42) In der HS. glaubte ich zu lesen: π. σκάπτειν.

ὁ οὐσούφρουκτος αὐτῷ ἐληγατεύθη, καὶ τὸν καλαμῶνα τέμνειν, ὡς ἔτεμνε μέντον[43]) ὁ προπριετάριος, εἰ καὶ[44]) μὴ πιπράσκειν αὐτὰ εἰώθει τουτέστιν ἐκεῖνα τέμνειν τῷ οὐσουφρουκτουαρίῳ συγχωροῦμεν, ἅπερ ὁ προπριετάριος τέμνειν εἰώθει, οὐ μὴν αὐτὸν ἀναγκάζωμεν κεχρῆσθαι τοῖς τεμνομένοις, καθὸν καὶ ὁ δεσπότης ἐκέχρητο. τμητικὴ δὲ ὕλη ἐστὶν, ἥτις μετὰ τὸ τιμηθῆναι πάλιν ἐκ τῶν ῥιζῶν ἢ ἐκ τῶν κλάδων φύει καὶ αὖθις ἀναδίδωσι. οὕτω φησὶ καλλίστρατος[45]) ἐν τῷ ν′[46]) τῶν διγ. βι. τί. ις′ διγ. λ′.

Hoc est, ea caedere usufructuario permittimus, quae proprietarius caedere solebat, non autem cogemus eum uti iis, quae caesa sunt, eodem modo quo iis dominus utebatur. Caeterum silva caedua est, quae succisa rursus ex radicibus vel ex ramis crescit et rursus erumpit. Ita dicit Callistratus lib. L. Dig. tit. 16. dig. 30. —

---

43) In der HS. las ich: ὡς ἔ. εμ. ν ὀλ′τοι ὁ προπρ.

44) Hier ist wohl etwas ausgefallen: es muß (nach Anleitung des lateinischen Textes) heißen: καὶ πιπράσκειν, εἰ καὶ μὴ πιπράσκειν αὐτὸ εἰώθει.

45) In der florentinischen HS. wird in der Inscription dieser Stelle genannt Gajus; in anderen HSS. Paulus.

46) In der HS. steht η′ statt ν′, eine häufige Verwechslung!

3. Zur Erklärung der l. 15 in f. D. de usufructu.

An dem in der Ueberschrift angegebenen Orte sagt Ulpianus:

„Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest."

Es ist bekannt, wie große Schwierigkeiten diese Worte den Interpreten des römischen Rechts gemacht haben. Einige hielten es für widersinnig, daß der Eigenthümer eines zur Nutznießung gegebenen Grundstücks nicht einmal mit Einwilligung des Nutznießers eine Servitut an dem Grundstücke zu bestellen berechtigt seyn sollte, und nahmen deßhalb zu sehr geschraubten Erklärungen der obigen Worte oder zu noch kühneren kritischen Conjecturen ihre Zuflucht. Andere haben, und wohl mit Recht, geglaubt, bei dem einfachen Sinne jener Worte stehen bleiben zu müssen, und haben dann nur nach den Gründen einer so subtilen Bestimmung geforscht [47]).

Bei dieser Lage der Dinge ist es nicht ohne Interesse, die Meinung eines alten griechischen Juristen kennen zu lernen, die zwar nicht ganz neu, aber doch

---

47) Vergl. Glück Erläut. d. Pandekten Bd. IX. S. 42 bis 60. Schulting notae ad Dig. ed. Smallenburg ad h. l. Mühlenbruch Lehrb. §. 283. Anm. 2. und die an diesen Orten angeführten Schriftsteller. Marezoll explicantur Ulpiani et Pauli verba in fr. 15. §. ult. frr. 16 et 17. D. VII, 1. de usufr. Lips. 1839. 4.

bemerkenswerth ist. Ich entlehne die betreffende Stelle aus der mehr erwähnten rescribirten Konstantinopolitaner Basilikenhandschrift, wo sie sich unter den sg. Scholien zu Basil. lib. XVI. tit. 1. cap. 15 in fine findet. Leider habe ich nicht die sämmtlichen Scholien zu dieser Stelle entziffern können, sondern nur gerade das Folgende, welches allem Anscheine nach aus dem Digestencommentare des Anonymus (des Antecessor Julianus) oder aus dessen μονόβιβλος περὶ ἐναντιοφανιῶν entlehnt ist. Vgl. meine Ausgabe p. 72. Es bezieht sich auf die oben abgedruckten Worte der l. 15. cit. und lautet so:

Ἐκείνῳ γὰρ ἡ συναίνεσις συμβάλλεται τῷ δυναμένῳ καὶ τὸ πρῶτον ποιῆσαι, ὡς βι. ν' τι. ιζ διγ. γ' θε. δ[48]) διγ. ρξδ' [49]) οὐλπιανοῦ, τὸ δὲ πρῶτον, τουτέστι δουλείαν ἐπιθεῖναι, ὁ οὐσουφρουκτουάριος οὐ δύναται. ἀνάγνωθι βι. ια' τι. ζ' διγ. γ' θε. δ' [50]) ἐναντιούμενον τῷ [51]) προκειμένῳ κανόνι καὶ ἐν τῇ ἀρχῇ τοῦ ιζ διγ. τούτου τοῦ τίτλου· καὶ ἴσως [διὰ] τὸν εἰρημένον λογισμὸν βι. α' τι. ζ' διγ. μγ', ὅτι διὰ

48) So glaubte ich in der HS. zu lesen. Vielleicht muß es heißen: οὐλπιανοῦ, denn dieser ist Verfasser der l. 3. D. de R. J.

49) In unserer Ausgabe der Digesten ist es l. 165. Es ist noch zu untersuchen, ob hier nur ein Schreibfehler vorliegt.

50) Gemeint ist offenbar die l. 2. §. 7. D. de religiosis. Ob das διγ. γ' θε'. δ' ohne Weiteres zu corrigiren sey, will ich für's Erste dahin gestellt seyn lassen. Vielleicht hatte sich der Schreiber zu dem vorhergehenden Citate verirrt.

51) In der HS. stand ἐν τῷ.

τὸ κοινῇ χρήσιμον καὶ τὸ θάπτεσθαι τοὺς νεκροὺς παρορᾶται τὸ ἀκριβές.

Das heißt:

Ejus enim consensus in computationem venit, qui etiam principale negotium perficere potest, ut lib. L. tit. 17. dig. 3 ... et dig. 164. (165) Ulpiani. Principale autem negotium, hoc est servitutem imponere, usufructuarius non potest. Lege lib. XI. tit. 7. dig. 3. them. 4. (l. 2. §. 7.) aliquid contrarium regulae, quae hic traditur, et initio dig. 17. hujus tituli: forte ob rationem, quae proponitur lib. XI. tit. 7. dig. 43., quod ob publicam utilitatem, et ut cadavera sepeliantur, stricta ratio insuper habeatur.

Unser Anonymus oder Enantiophanes, mit anderen Worten der Antecessor Julianus, war also derjenigen Meinung zugethan, über welche sich Glück Erläuterung der Pandekten Bd. IX. S. 52 f. folgendermaßen geäußert hat.

„Noch unrichtiger argumentiren Diejenigen, welche sagen, die Bestellung einer Servitut sey eine Art der Veräußerung. Wer nun, wie der Usufructuar, nicht alieniren kann, könne auch in keine Veräußerung auf eine rechtsbeständige Art einwilligen. Denn die l. 165. D. de reg. jur., aus welcher man argumentirt, geht nur auf solche Personen, welche, wie z. B. Pupillen, gar nicht gültig consentiren können, wie schon Godefroi (Animadversion. jur. civ. cap. 5.) sehr gründlich dagegen erinnert hat; überdem folgt ja auch noch nicht,

weil der Usufructuar nicht selbst eine Servitut auflegen kann, so kann er auch nicht gültig in die Auflegung einer Dienstbarkeit consentiren." (— ? —)

Ob vielleicht der Ausspruch Ulpian's in l. 15 in f. cit. zusammenhängt mit der Lehre von der remissio servitutis? Bei einer servitus jure constituta scheint nach dem klassischen Rechte eine bloße remissio von Seiten des Berechtigten die Servitut noch nicht ipso jure aufgehoben zu haben: zur Aufhebung war hier nöthig, daß der Wille des Berechtigten eben so förmlich ausgedrückt werde, wie nicht bloß das Zugeständniß des Verpflichteten, sondern eine Einkleidung desselben in eine der bekannten Rechtsformen zur Bestellung erforderlich gewesen war. Consentirte nun bloß unförmlich der Nutznießer zu einer Verringerung oder theilweisen Aufhebung des Usus fructus, so wird dieß ipso jure nicht wirksam, der Proprietar konnte also nicht darauf hin über den uneigentlich aufgehobenen Theil des Usus fructus mit Rechtsbeständigkeit weiter verfügen, mit anderen Worten, er konnte nicht auf den bloßen Consens des Usufructuars hin eine Servitut an der Sache bestellen, woran jenem noch immer schlechthin die Nutznießung zustand. Daß nach dieser Erklärung der Ausspruch Ulpian's nur durch Mißverständniß in Justinian's Digesten aufgenommen, daß er eine unpraktische Antiquität seyn würde, bedarf keines Beweises.

4. „Legitima possessio."

Der Kunstausdruck legitima possessio kommt bei Anonymus (dem Antecessor Julianus') in einer Anmerkung zu l. 3. §. 15. D. ad exhibendum vor. Vgl. mein Suppl. edit. Basil. Heimbach. p. 53. Anonymus schreibt:

Τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶν ἔννομοι καὶ πολιτικαί, ὥσπερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπίονι· κυρίως γὰρ νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή· αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ἰντερδίκτων· αἱ δὲ φυσικαί, ὡς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίας· ἕτεροι γὰρ νέμονται.	Possessionum aliae sunt legitimae et civiles, ut ad usucapionem: possessio enim proprie est detentio animo domini; aliae legitimae tantum, ut ad interdicta; aliae naturales, ut in commodato et pignore: alii enim possident.

Bei den mancherlei Irrthümern, die sich in diesen wenigen Zeilen finden, mag ich auf den Kunstausdruck legitima possessio nicht viel geben. Aber nicht uninteressant ist, daß schon Anonymus so bestimmt die possessio ad usucapionem von der p. ad interdicta unterscheidet.

---

5. „Dies interpellat pro homine."

Im Cod. Paris. reg. gr. 1351 findet sich fol. 17. recto am Rande folgende noch ungedruckte Stelle aus des Antecessor Stephanus Digestencommentar:

στεφάνου. μάθε κανωνικῶς, ὅτι οὐδεὶς τῶν ὑπὸ ἡμέραν τὶ ὀφειλόντων παρασχεῖν συγγινώσκεται μὴ καταβαλὼν, ἐὰν λέγῃ ὅτι διὰ τοῦτο οὐ κατέβαλον, ἐπειδὴ μὴ ὑπεμνήσθην. ὁ γὰρ ὑπὸ ἡμέραν ὀφείλων ἑαυτὸν ὑπομιμνήσκειν ὀφείλει καὶ τὴν τοῦ κρεδίτωρος μὴ περιμένειν ὑπόμνησιν, ὡς ἔστι μὲν καὶ ἀλλαχόθεν μαθεῖν, μάλιστα δὲ ἐν τῷ δ΄ βι. τοῦ κώδ. τί. ξα΄ διατ. β΄.

Stephani. Disce regulariter: Qui sub die aliquid praestare debet, si non solvat, non excusatur, si dicat se ideo non solvisse, quia interpellatus non esset. Qui enim sub die debet, semet ipsum interpellare debet nec exspectare creditoris interpellationem, sicuti et aliunde disci potest, maxime vero ex lib. IV. Cod. tit. 61. const. 2.

---

6. Die simplariae venditiones in l. 48. §. 8. D. de aedil. edicto.

Zur Erklärung dieses Ausdrucks liefert schon das Scholium in Heimbach's Basilikenausgabe to. II. p. 312. einen Beitrag. Aehnlich erklärt sich darüber der Antecessor Stephanus in einer Bemerkung zu l. 2. D. quando de peculio actio annalis est, welche sich in meinem Suppl. editionis Basil. Heimbach. p. 238. findet. Simplaria venditio wird hier verdolmetscht als *ἀναπόδοτος πρᾶσις*.

V.

Ueber eine milde Stiftung Nerva's.

Von

Herrn D. Mommsen

in Rom.

Das Verzeichniß der Kaiser, welches mit der Wiener Handschrift Histor. Lat. n. 452. olim 56. zuerst Eccard im ersten Bande der historici medii aevi und darauf unter den vetustiora Latinorum scriptorum chronica (Patav. 1787. p. 1. 2. fol.), Roncalli mit dermaliger Collation des, wie es scheint, einzigen Manuscripts herausgegeben hat, ist trotz der barbarischen Sprache, wovon wohl ein Theil dem Abschreiber zur Last fällt, immer ein unverächtlicher Rest aus dem Alterthum, worin uns der beschränkte Sinn des Chronisten, der nur Spenden, Feuersbrünste, Bauten, Vielfresser und dgl. zu registriren wußte, von nicht geringem Nutzen gewesen ist [1]). Es ist eine recht eigentliche

1) Sehr scharfsinnig hat Borghesi vermuthet, daß diese Chronik ursprünglich aus Eusebius entnommen sey, wo bekannt-

Stadt-Chronik von Rom und eben dadurch von Interesse. Zu den merkwürdigsten Notizen darin gehört folgende unter Nerva verzeichnete II., col. 243. Roncalli:

Nerva imperavit ann. V. m. IIII. d. unum. Cong. dedit * LXXV. et funeraticum plebi urbanae instituit * LXIIS. Excessit hortis Sallustianis.

Diese früher, als ich über die Funeraticien bei den Römern die Nachrichten zusammenstellte, von mir übersehene Notiz ist meines Wissens nur von einem neueren Schriftsteller beachtet worden: von Eckhel in der D. N. VI., 407., der die Stelle aus dem Manuscript anführt und vorschlägt, nach den Münzen dieses Kaisers mit der Inschrift plebes urbanae frumento constituto, zu lesen frumentum statt funeraticum. Mir scheint es indeß unrichtig, das seltene Wort mit dem gewöhnlichen zu vertauschen, und der Text, abgesehen von dem Barbarismus funeraticum statt funeraticium, durchaus gesund. Nicht ganz so leicht wird sich freilich die Bedeutung dieser wenigen Worte feststellen lassen. Funeraticium ist die Summe, welche bei einem Sterbefalle vornehmlich zur Bestreitung der Begräbnißkosten gezahlt wurde; was kann es nun heißen, daß Nerva dieß der Plebs urbana instituirte. Man könnte zuerst auf den Gedanken kommen, daß er über die von den Todtengilden zu zahlenden Funeraticien etwas festsetzte, etwa ein Maximum vorschrieb; aber weder läßt sich für ein solches Gesetz ein vernünftiger Grund finden, noch führen

lich dieß Verzeichniß der römischen Kaiser am Schluß des ersten Buches fehlt.

die Worte darauf, welche ziemlich klar auf eine Liberalität des Kaisers hinweisen; noch mehr spricht dafür die Zusammenstellung mit den Congiarien. Die einfachste Erklärung ist, daß der Kaiser verordnete, jedem römischen Bürger, der in Rom domicilirt und nicht Ritter oder Senator war, auf den Sterbefall 62½ Denare = 250 Sesterze auszuzahlen. Daß dieß nicht eine einmalige Liberalität, sondern eine bleibende Stiftung war, ist an sich wahrscheinlich, und wird bewiesen durch den Gebrauch des Wortes instituit. — Allerdings ist von dieser Einrichtung des edlen Kaisers uns, wie es scheint, keine andere Spur erhalten; aber es giebt dieß noch keinen Grund sie zu bezweifeln, zumal da sie in dem schönsten Einklang steht mit dem, was uns sonst von Nerva's Bestrebungen überliefert ist. Rührt doch auch die eben so humane und noch großartigere Institution der Alimentarrenten von ihm her; wer weiß es nicht, wie ähnliche Lagen im Leben es sind, wenn es Kindern an Versorgung oder den Nachbleibenden an dem Gelde zur Bestattung fehlt? Faßt man zusammen, was uns einzeln überliefert ist: die Abschaffung der verderblichen Getreidespenden und der Circusspiele, die freilich nicht durchgesetzt werden konnte; die Versorgung der Waisen und die Uebernahme der Begräbnißkosten auf die Staatskasse, so wird wohl Niemand den Zusammenhang davon verkennen und Niemand auch dem greisen Kaiser seine Bewunderung versagen, der am Ziele seiner Laufbahn noch solche Reformen zu unternehmen und so weit sie durchzuführen vermochte.

VI.

Ueber das Zwölftafelgesetz vom Wegbau.

Von
Herrn Professor D. Bergk
in Marburg.

Die lückenhafte Stelle des Festus S. 351. der Müllerschen Ausgabe:

> Viae sunt et publicae per [quas ire, agere, vehere omnibus licet: privatae, quibus vetitum uti . . praeter eorũ, quorũ sunt privatae. [In XII est: Amsegetes vias muniunto: dionisam lapides sunt qua volet jumenta agito

hat man längst schon mit Recht auf eine gesetzliche Bestimmung der zwölf Tafeln bezogen, und mit Hülfe der Stelle bei Cicero pro Caec. c. 19.: 'Si via sit immunita, jubet, qua velit, agere jumentum herzustellen versucht. Was aber Müller vorschlägt: Amsegetes vias muniunto, donicum lapides sunt: ni munierint, qua volet jumenta agito, ist schon deßhab unwahrscheinlich, weil nach lapides sunt keine Spur von einer

Lücke ist, außerdem donicum von dionisam allzuweit ab liegt. Die Verbesserung ist aber auch juristisch unhaltbar, denn durch den beschränkenden Zusatz: donicum lapides sunt würden die Decemvirn ganz in der Weise modernster Gesetzgebung dem Uebertreter den bequemsten Grund, sich der Verpflichtung zu entziehen, selbst an die Hand geben: eine solche Clausel haben jene Männer der Praxis ihrem Gesetze gewiß nicht hinzugefügt. Die ganze Stelle im Zusammenhange hat neulich Herr Professor Huschke in diesen Blättern (Bd. XII., 3. S. 393 ff.) behandelt, wie er auch schon früher einen ähnlichen Restitutionsversuch Müller mitgetheilt hatte: mich hat weder früher die kurze Relation bei Müller, noch auch die ausführliche Begründung Huschke's selbst überzeugt, ich erlaube mir daher einen neuen Versuch hier mitzutheilen.

Was zunächst Herrn Huschke's Ansicht betrifft, daß der Grammatiker habe angeben müssen, jene Stelle der Zwölftafeln beziehe sich auf die viae publicae, demgemäß er ergänzt: Illas spectant XII, dann aber die Einschiebung von amsegetes vor vias verwirft, schon weil der Raum nicht ausreiche, so bemerke ich, daß bei Festus, dem Epitomator des Verrius Flaccus, eine solche Genauigkeit sich nicht voraussetzen läßt. Zudem ist es auch ohne einen solchen Zusatz des Grammatikers klar, daß die Stelle der XII nur auf die viae publicae gehen kann: denn da die gesetzliche Bestimmung sich auf das Pflastern der Straßen (munire vias) bezieht, so kann man, zumal in der Zeit der Decemvirn, nur an

viae publicae denken; um die viae privatae, die ja eigentlich nichts anderes als limites waren, kümmern sich die Zwölftafeln natürlich nicht. Insofern also steht der gewöhnlichen Ergänzung: In XII est: Amsegetes vias muniunto Nichts im Wege. Huschke dagegen, von der eben erwähnten Voraussetzung ausgehend, verlangt: Illas spectant XII: Ni vias muniunt, qui viis amsegetes sunt, eine eigentlich gewaltsame Aenderung der überlieferten Schriftzüge, mit der mein philologisches Gewissen sich nicht einverstanden fühlt. Denn bei Stellen, wie die vorliegende, wo der Abschreiber den Sinn nicht verstand, pflegte man die Buchstaben möglichst treu zu copiren, aber keine absichtlichen Veränderungen oder Interpolationen (wie es doch mit lapides für segetes der Fall seyn würde) vorzunehmen. Vor allen aber bei einem Schriftsteller, wie Festus, der nicht oft abgeschrieben seyn wird, wo also die Verderbniß nicht eben zahlreiche Stadien durchgemacht hat, muß jeder Verbesserungsversuch sich eng an die Ueberlieferung anschließen.

Allein auch hinsichtlich der Auffassung des Rechtsverhältnisses kann ich mich mit Huschke durchaus nicht einverstanden erklären. Huschke schreibt: ni vias muniunt (während bei Festus ganz deutlich der Imperativ muniunto sich findet), indem er in Abrede stellt, daß die Decemvirn gerade die anliegenden Ackerbesitzer zum Wegebau verpflichtet hätten. Aber ich kann mir nicht denken, wie die Decemvirn (was doch Huschke annimmt) dazu kamen, vorzuschreiben, daß im Falle der Unbrauchbarkeit des Weges die Ackerbesitzer es sich gefallen lassen sollen, daß der den Weg Passirende auch über ihre Saaten gehen, treiben oder fahren dürfe. Denn eine solche Verordnung hat doch immer die Verpflichtung der anliegenden Grundbesitzer zum Wegbau zur Voraussetzung, und kann nur als eine sekundäre Bestimmung gelten; die Decemvirn wollen das egoistische Interesse rege machen und dadurch die Vollziehung des Gesetzes bewirken, nicht aber guten Rath ertheilen, wie man bei schlechtem Wege sich zu helfen habe. Und Huschke muß selbst auf S. 396. zugeben, daß die Decemvirn eine natürliche Verpflichtung zum Straßenbau bei den Grund-

besitzern voraussetzen, obwohl er vorher behauptet hatte, daß sich dafür kein alt-civiler Rechtsgrund denken lasse. Aber die Decemvirn haben gewiß auch hier nur das, was schon längst als Sitte bestand, rechtlich fixirt. Für wegsame Straßen zu sorgen ist die Pflicht jedes Staates, der sich über das Moment der Natürlichkeit erhoben hat: daß aber diese Pflicht nicht unmittelbar vom Staate selbst, sondern von den zunächst dabei betheiligten Bürgern erfüllt wird, liegt eben im Charakter des alt-römischen Staates. So ist also kein Grund vorhanden, eine solche Bestimmung dem Zwölftafelgesetze streitig zu machen; jene Stelle bei Cicero setzt die Verordnung vias muniunto nothwendig voraus, bei Festus erscheint sie klar ausgesprochen; eine Kritik also, welche diese Basis zerstört, kann schwerlich gebilligt werden.

In den verdorbenen Worten dionisam lapides sunt kann wohl nichts anderes liegen, als was Cicero sagt: Si via immunita sit, nur wird dort die gesetzliche Bestimmung koncret ausgedrückt gewesen seyn, die hier in mehr abstracter Fassung erscheint; und zwar bietet sich als Anfangspunkt offenbar ni in dem verdorbenen Worte dar; das Folgende sam kann schwerlich etwas anderes seyn, als sani, also ni sani lapides sunt, wenn das Pflaster nicht im guten Zustande ist, d. i. si via immunita est. Die Erwähnung der Steine ist ganz richtig, wie schon das vorausgegangene munire zeigt, was der technische Ausdruck vom Anlegen solcher Steinwege ist, welche das Alterthum vorzugsweise kannte. Sanus empfiehlt sich als echt-volksthümlicher Ausdruck, wie unser heil, im Griechischen ἀκεῖσθαι für ausbessern, und Aehnliches, wenn ich auch im Lateinischen kein vollkommen analoges Beispiel nachweisen kann; wem übrigens das Wort bedenklich erscheint, der kann salvi substituiren. Was das Uebrige betrifft, so hebt sich nun die Schwierigkeit ganz einfach, indem wir die drei Buchstaben dio unter beide Sätze vertheilen; d ist die bekannte archaistische Paragoge, die zu dem vorausgegangenen Imper. gehört, muniuntod, io ist alterthümliche Form für eo, und zu dem Folgenden als genauere Ortsbestimmung zu zie-

hen, wenn da der Weg nicht im guten Stande ist. Dieß paragogische d läßt sich zwar sonst im Lateinischen nicht mehr am Imperativ nachweisen, aber in dem verwandten oskischen Dialekte, der vorzugsweise das archaistische Element bewahrt hat, erscheint es regelmäßig, so estud auf der Tab. Bant. 12., 23., 29., 30.; likitud ebendas. 13., 18., (zweimal) 26., 27. und auf dem Cippus Abell. 36. Hier hat sich die Form muniuntod nur vermittelst des Verderbnisses, was sie eben vorzugsweise veranlaßt hatte, erhalten; deshalb verlange ich aber nicht im Folgenden agitod, da eine Consequenz in solchen Dingen von Sprachen, die noch keine litterarische Ausbildung haben, nicht anerkannt zu werden pflegt. Io für eo wird schon durch die später noch gebräuchlichen Formen ii und ei, iis und eis gesichert. Doch kann es verschrieben seyn. Daß io vorangeht, ist ganz so wie in einem andern Zwölftafelgesetz bei Cic. ad Herenn. II., 13.: Rem ubi pagunt, orato.

Es bleibt uns nur der Anfang des Gesetzes noch übrig: vias muniunto reicht nicht aus, es muß nothwendig bestimmt werden, wer den Weg zu bauen hat. Man hat gewiß mit Recht die Glosse des Paulus Diaconus: Amsegetes dicuntur, quorum ager viam tangit zur Ergänzung verwendet. Aber dies kann amsegetes nicht heißen, was wohl überhaupt kein lateinisches Wort ist, sondern nur den Interpreten der XII seinen Ursprung verdankt, die zwar mit richtigem Gefühl den Sinn des Gesetzes erkannten, aber kein klares Bewußtsein der Sprache besaßen. Man vergleicht damit die Glosse desselben Grammatikers: Amtermini, qui circa terminos provinciae manent, aber diese beweist gerade die Unstatthaftigkeit jener Erklärung. Amtermini heißen die Grenzbewohner, und so konnten amsegetes nur die heißen, welche um die Flur herum, in der Nähe des Feldes wohnen; hieraus folgt aber garnicht, daß ihre Flur von einer via publica berührt ward, und doch sind offenbar nur die Besitzer der anliegenden Grundstücke zum Straßenbau verpflichtet, wie dies auch jene Erklärer richtig erkannten. Es ist ganz einfach in zwei getrennten Worten zu schreiben: Am segetes vias muniunto;

d. h. die Straßen, soweit sie an ihre Flur stoßen, sollen sie bauen. Ein Gesetz, was ebenso klar ausgedrückt als vernünftig ist. Die Interpreten, denen der archaistische Gebrauch von am als Präposition nicht gleich gegenwärtig war (vgl. Cato bei Macrob. I, 14. nach der Restitution von L. v. Jan: orator an terminum) glaubten in amsegetes das Subjekt zu finden, was allerdings sehr nahe lag, und verfielen so auf jene unrichtige Erklärung. Das Gesetz über den Wegbau würde demnach so lauten:

Am segetes vias muniuntod: eo ni sani lapides sunt, qua volet, jumenta agito.

Auf dieses Gesetz der Decemvirn bezieht sich auch die anschauliche Schilderung bei Cato de Re Rust. c. 2., wo der Vilicus sich entschuldigt, daß in der Abwesenheit des Herrn so wenig gethan sey: Dicit vilicus sedulo se fecisse, servos non valuisse, tempestates malas fuisse, servos aufugisse, opus publicum effecisse. Aber diese Entschuldigung läßt Cato nicht gelten: Per ferias potuisse fossas veteres tergeri, viam publicam muniri, vepres recidi, hordum fodiri, pratum purgari, virgas vinciri, spinas runcari, expinsi far, mundicias fieri.

Schließlich noch ein paar Worte über die Glosse des Festus; hier fehlt bei eorum ein Substantiv, und ebenso ist die Wiederholung von privata unstatthaft; hier aber ist gewiß jenes fehlende Substantiv zu finden. Privatwege kann ein Dritter benutzen, entweder wenn er vermöge einer auf dem Grundstücke haftenden Servitut berechtigt ist, oder der Eigenthümer es freiwillig gestattet, also ist wohl zu schreiben:

Viae sunt et publicae, per [quas ire, agere, vehere omnibus licet, [et] privatae, quibus vetitum uti [aliis] praeter eorum, quorum sunt, autoritate. [In XII est: Amsegetes.

Doch will ich für den Ausdruck autoritate nicht gerade einstehen.

VII.

Ueber die usucapio pro herede, fiduciae und ex praediatura.

Von

Herrn Geheimen Justizrath und Prof. D. Huschke,

in Breslau.

Wenn seit der Wiederauffindung der ächten Institutionen des Gaius über die usucapio pro herede außerordentlich viel, über die beiden andern in der Ueberschrift bezeichneten Usucapionen, die Gaius mit der ersteren zusammenstellt (2., 52—61.; vgl. 3., 201.), fast gar nichts geschrieben ist, so erklärt sich dieses hinreichend aus der noch praktischen Bedeutung der ersteren, welche den letzteren beiden völlig abgeht, und aus dem Interesse, früher bekannte Zeugnisse, welche bloß für die pro herede usucapio vorhanden waren, durch Hülfe der später entdeckten besser zu erläutern, oder sie mit ihnen in Einklang zu bringen. Nicht aber möchte hierdurch die isolirte Behandlung der ersten und die völ-

lige Vernachlässigung der letzten beiden Usucapionen, selbst nicht einmal im Interesse der ersten, auch gerechtfertigt seyn. Denn da alle drei in der wichtigsten Anomalie, daß sie auch dem malae fidei possessor gestattet sind, und die ersten beiden auch noch darin, daß sie an unbeweglichen wie beweglichen Sachen in Einem Jahre vollendet wurden, einander gleich stehen, so ist es wenigstens höchst wahrscheinlich, daß ihnen, so weit diese Uebereinstimmung reicht, ein gemeinsames Princip zum Grunde liege, dessen Auffindung nicht verfehlen kann, auf jede einzelne ein helleres Licht zurückzuwerfen. Als ein Versuch, dieses gemeinsame Princip nachzuweisen und auch die andern beiden Usucapionen in den Bereich einer lebendigen rechtsgeschichtlichen Erkenntniß hineinzuziehen, möge die nachfolgende Abhandlung betrachtet werden. Die Natur der Sache bringt es aber mit sich, daß das Gemeinsame dieser drei Usucapionen doch nur durch Ergründung einer jeden einzelnen für sich zur Anschauung kommen kann. Daher handeln wir denn von ihnen nach einander und zwar aus verschiedenen nahe liegenden Gründen in derselben Ordnung, in welcher sie bei Gaius vorkommen.

A. Die usucapio pro herede.

Das Institut der Usucapion ist zwar ein civilrechtliches, nicht aber auch durch ein bestimmtes Gesetz eingeführt. Gewöhnlich nimmt man zwar für ein solches die bekannte Vorschrift der zwölf Tafeln: Fundi biennium, ceterarum rerum annus usus auctoritas esto.

Allein die Worte selbst ergeben [1]), daß damit bloß die bisher nach dem Gewohnheitsrecht ohne Zweifel noch von dem Ermessen der Obrigkeit abhängige Zeitdauer des usus, der zugleich eine auctoritas sey [2]), auf ein bestimmtes Maaß zurückgeführt werden sollte, so wie später für die auch durch Gewohnheitsrecht aufgekommene longi temporis possessio et praescriptio eine ähnliche gesetzliche Fixirung des longum tempus erfolgte. Beruhte nun die usucapio selbst auf Gewohnheitsrecht, so sind aus ihm auch die wichtigsten Grundsätze über ihren Zweck, ihren Umfang, ihre Erfordernisse und ihre Wirkung abzuleiten. Demnach muß man sich auch hüten, gewisse Erfordernisse des später zu voller Reife entwickelten Instituts, wie die bona fides, als eine äußerlich gegebene Regel aufzufassen, von der nur in gewissen Fällen Ausnahmen gegolten hätten, sondern vielmehr aus der Grundidee des ganzen Instituts zu begreifen suchen, weßhalb in gewissen Fällen die b. f. erfordert wurde, in andern nicht.

Diese Idee läßt sich durch eine Vergleichung des

---

1) So versteht sie auch offenbar Gaius, der sich 2., 42. bloß für die Zeitdauer der Usucapion auf die zwölf Tafeln, für die Usucapion selbst 2., 44. auf das receptum est beruft. Aehnlich heißt es auch in pr. I. de usuc. (2., 6.) Iure civili constitutum erat.

2) Dieses ist nämlich die richtige Deutung dieser vielfach erklärten Zusammensetzung. Auctoritas ist hier, wie sonst, die Wahrung (um das Recht selbst), Bekräftigung, Gültigkeit, und man muß also übersetzen: der Gebrauch, welcher zugleich eine Bekräftigung ist, soll an einem Grundstück zwei, an andern Sachen ein Jahr seyn.

usus in seiner Bedeutung für das objective und für die subjectiven Rechte am besten zur Anschauung bringen. So wie das objective Recht vermöge der Unvollkommenheit menschlicher Voraussicht nicht bloß auf Gesetzen beruhen kann, sondern daneben des mit der Uebung selbst entstehenden und sich festsetzenden Gewohnheitsrechts nothwendig bedarf, so reichen auch für die subjectiven Rechte bei dem nothwendigen Wechsel des Eigenthums der Sachen unter den den Staat bildenden Personen die unter ihnen zu diesem Behufe abgeschlossenen Geschäfte und sonstigen Acquisitionen allein nicht hin, die Gewißheit des Eigenthumserwerbs zu gewährleisten, weil theils die vom objectiven Rechte vorgeschriebenen Erwerbe dem wirklichen Bedürfnisse nicht vollständig entsprechen, theils auch in den Titeln, aus denen man Sachen erwirbt, ein schwer zu entdeckender Fehler liegen kann, z. B. mangelndes Eigenthum des Auctor, und muß daher, wenn die dem Staate vor Allem unentbehrliche Rechtssicherheit erreicht werden soll, auch hier der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzten Ausübung des Rechts die Macht beigelegt werden, die Stelle eines wahren auctor zu vertreten, eine auctoritas, Gültigmachung, Bekräftigung, zu seyn. Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht haben die Grundlage des ius gentium zur nothwendigen Voraussetzung, und entwickeln sich auf dieser als zwei selbstständige, rechtsbildende Mächte, indem die lange Gewohnheit nicht bloß das gesetzliche Recht erläutert und näher bestimmt, sondern auch eigene neue Rechtssätze schafft. Ebenso setzen

die derivativen Erwerbe im Staate und die Verjährung die originairen Erwerbe, welche sämmtlich iuris gentium sind, voraus; sind aber durch diese die Sachen einmal in den Verkehr des Staats gekommen, so hat die Verjährung auch nicht bloß die Bedeutung, unvollständige derivative Erwerbe zu ergänzen [3]), sondern auch selbstständig durch bloße Uebung eines Rechts das Recht wirklich zu erzeugen [4]). So wie ferner die Gewohnheit, um ein Gewohnheitsrecht bilden zu können, ein Rechtsprincip wollen muß, ebenso muß auch der zur auctoritas führende usus mit dem Willen ein subjectives Recht auszuüben verbunden seyn [5]), und wie die Gewohnheit, wenn sie ein gesetzliches oder auf der ratio naturalis beruhendes Recht abzuschaffen vermögen soll, ihm gegenüber kein Mißbrauch seyn darf, sondern von einer eigenen ebenfalls rechtlichen Idee angeregt seyn muß, welche sie durch die Länge der Zeit zu einer den bisherigen Rechtssatz überwindenden Macht steigert, so auch der usus, indem er nur dann fremdes Eigenthum zu zerstören fähig ist, wenn er auf eine factisch rechtliche Art und Weise angefangen hat. Die weitern Erfordernisse der nicht verborgenen, ununterbrochenen und hinreichend langen Uebung übergehend, welche auch bei der Verjährung in entsprechender Weise wiederkeh-

---

3) Der Fall der Usucapion des bonitarischen Eigenthümers.

4) Der Fall der Usucapion, wodurch ein Nichteigenthümer Eigenthum erwirbt.

5) Das Erforderniß des mit dem Willen Eigenthümer zu seyn verbundenen Besitzes.

ren [6]), bleiben wir bei dem zuletzt gedachten stehen; denn auf ihm beruht bei der Usucapion das Erforderniß des iustum initium und meistens auch der bona fides.

Es giebt nun zwei Hauptarten von derivativen Erwerben, singularum rerum und per universitatem, welche — die Sache im Ganzen angesehen [7]) — zugleich mit dem Unterschiede des Verkehrs unter Lebendigen und der Vererbung zusammenfallen. Beide unterscheiden sich auf mehrfache Weise von einander. Singularerwerbe betreffen die einzelnen Sachen als solche, mithin, so zu sagen, die äußere Seite der familia (die pecunia), welche in jene ausgeht, und setzen ein coordinirtes Verhältniß des Erwerbers zu der Persönlichkeit und familia dessen, von dem er erwirbt, voraus, so daß der Erwerb nicht anders möglich ist, als mit Ueberwindung und Aufhebung des Rechts des bisherigen Eigenthümers. Im Falle der per universitatem acquisitio von einem Verstorbenen succedirt man dagegen nicht in irgend eine einzelne Sache als solche, sondern die familia des Verstorbenen selbst, welche nur als die innere universale Seite in jeder Erbschaftssache mit liegt, und man steht nicht in einem coordinirten Verhältniß zu irgend einer anzuerkennenden Persönlichkeit, von der man erwärbe, sondern macht in der That einen

6) Ueber die nicht versteckte Ausübung vgl. L. 4. pr. D. pro suo (41., 10.).

7) Denn genauer betrachtet giebt es auch per universitatem acquisitiones unter Lebendigen, wie die Adoption, in manum conventio u. s. w., und singularum rerum acquisitiones mortis causa, wie das Legat.

einseitigen absoluten Erwerb, weil die einzige Person, mit welcher man zu thun hat, als eine interessirte und lebendig berechtigte eben nicht mehr vorhanden ist und durch ihr Wegfallen die Ueberlebenden berechtigt hat, ihre Person anstatt der verstorbenen an deren Nachlaß ebenso geltend zu machen, wie es der Mensch z. B. an wilden Thieren oder im Kriege kann [8]).

Machen wir nun hiervon Anwendung auf die Usucapion als die von der factischen Seite her durch bloße fortgesetzte Ausübung sich vollziehende Erwerbsart, so ergeben sich folgende wichtige Unterschiede zwischen dem Erwerbe eines Nachlasses und einzelner Sachen.

1. Hinsichtlich der Sache selbst besitzt der Singularerwerber die einzelne Sache als solche und es gilt also für diese Usucapion der wichtige Unterschied, daß Grundstücke nach den zwölf Tafeln erst in zwei Jahren, andere (also bewegliche) Sachen in einem Jahr usucapirt werden. Der universelle Nachfolger besitzt dagegen jedenfalls nicht die einzelne Sache als solche, weßhalb auf den Unterschied der beweglichen und unbeweglichen Sachen für diesen Besitz nichts ankommen kann, sondern er eignet sich factisch die in ihr mit liegende hereditas oder familia des Verstorbenen an, die im Sinne der zwölf Tafeln unläugbar zu den ceterae res gehörte, nicht etwa aus dem rein äußerlichen negativen Grunde, daß sie jedenfalls kein fundus ist, sondern weil sie als die sächliche Seite einer Person in

8) Gai. 2., 9. ... res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

der That unter die Kategorie der Moventien fiel, der Ehefrau ähnlich, welche auch in Einem Jahre durch usus in die manus des Mannes überging [9]).

---

9) Gai. 2., 53. Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur. §. 54. Quare autem etiam hoc casu soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno. ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est et quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit. Hiernach scheint Gaius den alten Juristen eine ganz äußerliche Auslegung der zwölf Tafeln beizumessen; mit wie wenig Recht, zeigt theils die ja auch in der Kaiserzeit beibehaltene Jahresfrist, von der man sonst eben so gut hätte abgehen können, wie von der usucapio hereditatis, theils die zwei Jahre, welche man für den Verlust der Servituten an Grundstücken durch non usus, die usucapio libertatis praediorum und die usureceptio aquae ductus und aquae haustus ohne Zweifel von jeher annahm. Paul. S. R. 1., 18. §. 2. L. 13. C. de servit. (3., 34.). Denn hätte man ohne Berücksichtigung des positiven Inhalts dieser Rechte sie nach einer bloß äußerlichen Auslegung der Zwölftafelvorschrift beurtheilt, so hätte man auch sagen müssen, daß Servituten kein fundus seyen und folglich als ceterae res in einem Jahre usucapirt werden müßten. — Uebrigens ist längst bemerkt worden, daß mit dem Zeugniß des Gaius über die annua usucapio pro herede Plin. ep. 5., 1. nicht im Widerspruch stehe. Dieser erwähnt einen Fall, wo er zum Erben eingesetzt war und ein enterbter Sohn der Erblasserin das Testament mit der Querel umstoßen wollte, und sagt zu diesem: Scis, te non subscripsisse mecum, et iam biennium transiisse, omniaque me usucepisse. Es waren nämlich zufällig schon zwei Jahre und damit jedenfalls auch die Usucapionszeit pro herede abgelaufen. Schwerlich aber konnte in diesem Falle überhaupt von einer eigentlichen pro herede usucapio die Rede seyn; denn der Eigenthümer, was

Im Uebrigen ließ sich noch eine doppelte Auffassung des Objects dieses Besitzes und dieser Usucapion denken. Man konnte sagen: indem Jemand als universeller Nachfolger des Verstorbenen Erbschaftssachen in Besitz nimmt, ergreift er dadurch die Erbschaft, mithin die Repräsentation des Verstorbenen selbst, und macht sich also durch die Usucapion zum heres, demjenigen ähnlich, welchem eine noch nicht angetretene Intestaterbschaft in iure cedirt wird [10]). Nach dieser Ansicht würde es drei Arten, heres zu werden, gegeben haben, durch Testament, durch Gesetz und eine beiden derogirend entgegesetzte durch Usucapion, und der Usucapient wäre, wenn er andere Erbschaftsusucapienten oder besitzende Testaments- oder gesetzliche Erben neben sich gehabt hätte, ihnen zu einem Kopftheile accrescirt, hätte zu diesem Theile auch die Schulden des Erblassers anerkennen müssen und würde auch in allen anderen Beziehungen als ein wirklicher heres zu betrachten gewesen seyn. Man kann aber auch sagen: wer pro herede usucapiren will, eignet sich nur die Erbschaftssachen, d. h. die Erbschaft, in so weit sie in den in Besitz genommenen Sachen ist, an, und wird auch durch die

Plinius durch die Einsetzung und Antretung war, kann nicht mehr usucapiren. Nur werden die Centumvirn in diesem Falle den Erben ebenso behandelt haben, als hätte er usucapirt, weil er ja selbst dann, wenn er nicht Erbe gewesen wäre, diese Sachen dem Notherben nicht herauszugeben gebraucht hätte. Auch hierin zeigt sich das höhere und freiere Recht der Centumvirn; für das gewöhnliche Recht hätte es einer ausdrücklichen Anordnung bedurft. Vergl. Gai. 3., 73.

10) Gai. 2., 35. 3., 85.

Usucapion nur Eigenthümer dieser Sachen, nicht Erbe, demjenigen ähnlich, welcher neben einem ex asse berufenen Erben mit Beschränkung auf einzelne Sachen zum Erben eingesetzt ist [11]).

Es ist nun die Frage, wann und wie lange die erstere Ansicht, welche Gaius als die ältere anführt [12]), gegolten hat. Auf den ersten Blick scheinen noch einige Stellen des Cicero sie auszusprechen:

Ad Attic. I., 5. de Tadiana re Tadius mecum collocutus est, te ita scripsisse, nihil esse iam, quod laboraretur, quoniam hereditas usucapta esset.

Pro Flacc. 34. Si qua tibi in Africa venerit hereditas, usu amittes?

Aber bei einem Nichtjuristen und in der Sprache des gemeinen Lebens ist das Wort hereditas nicht zu pressen, wie auch Seneca [13]) in diesem Sinne es für eine bloße Wortklauberei erklärt, wenn die Juristen sagten, die hereditas könne nicht usucapirt werden, wohl aber die Sachen in der hereditas. Und andere Stellen des Cicero zeigen, daß nicht bloß zu seiner Zeit, sondern auch schon viel früher durch die pro herede

11) L. 35. pr. D. de hered. instit. (28., 5.) L 13. C. eod. (6., 24.). Auch kann man den Erwerb dessen vergleichen, dem eine angetretene Erbschaft in iure cedirt wird.

12) Gai. 2., 54.

13) Senec. de benef. 6., 5. Iurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt: tanquam quidquam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt.

usucapio nur der Erbschaft Sachen entzogen, nicht die Erbschaft selbst erworben wurde. Wenn er Top. 6. die hereditas definirt als pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure, nec ea aut legata testamento aut possessione retenta, so gehen die beiden letzten Worte ohne Zweifel auf die Usucapion pro herede, welche das in Besitz Genommene dem die Erbschaft vindicirenden heres gegenüber zu behalten berechtigt, zeigen aber auch, daß die usucapirte pecunia nicht selbst hereditas war. Eine ähnliche Ansicht liegt offenbar auch der spätern Bestimmung über die sacra privata eines Verstorbenen zum Grunde, wonach zuerst die heredes, dann derjenige, welcher von Todeswegen (also z. B. auch durch pro herede usucapio) oder durch Legat eben so viel, wie die Erben zusammengenommen, erhalten hat, tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo, sie übernehmen soll [14]). Dagegen scheint nach der älteren Doctrin [15]): hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat; aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit, die usucapio pro herede noch als ein der testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge nur mit minderem Rechte coordinirter Erwerb der hereditas selbst gedacht zu werden, dergestalt, daß, wer neben dem heres oder den heredes selbst Erbschaftssachen in Besitz genommen hatte, zugleich die Hälfte der hereditas und

14) Cic. de legib. 2., 19.
15) Cic. ibid.

die in Besitz genommenen Sachen durch Verjährung erwarb, auf welche Weise er denn maiorem partem pecuniae als der Erbe selbst bekam, wenn die von ihm in Besitz genommenen Sachen mehr betrugen, als die, welche die Erben besaßen. Während nämlich nach der neuern Theorie die Usucapienten pro herede neben vorhandenen heredes ganz unberücksichtigt bleiben, während sie nur neben den Legataren vorkommen oder selbst erst auf diese folgen, und mehrere solche Usucapienten, von denen einer das Meiste erworben hat, vorausgesetzt werden — welches Alles auf einen dem Erbschaftserwerbe ganz fremden bloßen Erwerb von Sachen der Erbschaft hindeutet, der selbst noch dem des Legatars nachsteht, — stellt die ältere Theorie sie vor die Legatare unmittelbar nach und zu den heredes, verpflichtet sie also auch dann, wenn heredes vorhanden sind, und geht nicht so, wie bei den Legataren, von der Voraussetzung, daß eine Mehrheit von Personen etwas von dem die Hälfte übersteigenden Theile, sondern von der, daß Einer diesen Theil ganz erlangt habe, aus, — lauter Indicien, daß man sich den Usucapienten pro herede als einen Universalsuccessor, als solcher den Legataren noch vorgehend, und unter der maior pars pecuniae zugleich einen idealen Theil der Erbschaft vorstellte. Doch wäre wohl zuzugeben, daß man schon frühzeitig und sobald man die familia defuncti nicht mehr als die rigide persönliche Einheit seines Guts auffaßte, sondern sie selbst und die Sachen in ihr zu unterscheiden anfing (familia pecuniaque Gai. 2., 104.), auch Bedenken

getragen habe, den Usucapienten geradezu noch als heres zu denken und auch in die Erbschaftsforderungen und Schulden eintreten zu lassen. Darauf deutet wenigstens die Unterscheidung der hereditas und capio maioris partis pecuniae neben ihrer Zusammenstellung.

Ein ganz sicherer Beweis für die Angabe des Gaius, daß die possessio et usucapio pro herede einst auf die hereditas selbst bezogen worden sey, liegt aber in der prätorischen bonorum possessio. Offenbar ist diese ursprünglich nichts weiter als eine prätorische Regulirung der eigenmächtigen Besitznahme des Nachlasses zum Behuf der Verjährung, wie besonders das nur auf körperliche Sachen sich beziehende interdictum Quorum bonorum beweist. Wenn nun der Prätor unter bona hier die universitas bonorum versteht, so muß auch das eigenmächtige Besitzergreifen vom Nachlaß wenigstens ursprünglich diesen Gegenstand gehabt haben [16]),

16) Damit ist nicht unverträglich, daß die prätorische b. p., wie das ohne Zweifel älteste Rechtsmittel des b. possessor, das Interdict quorum bonorum, zeigt, ursprünglich und wohl noch lange Zeit hindurch bloß auf die körperlichen Sachen der Erbschaft sich bezog — wie denn auch die letzte Classe in der Uebernahme der sacra nach späterem Recht (s. Anm. 22.) zu erkennen giebt, daß der Fall oft vorkam, wo der Schuldner durch den Tod des Erblassers völlig frei wurde, was sich in dem Stadium der b. p., wo sie auch zu utiles actiones gegen die Schuldner des Erblassers berechtigte, nicht wohl denken läßt. Die b. p. knüpfte nämlich an den Zustand der civilrechtlichen possessio pro herede, den sie vorfand, an, und da dieser ursprünglich eine per universitatem acquisitio war, so nahm sie auch dieses Princip in sich auf, obwohl sie es, so lange sie nur der usucapio pro herede diente, noch nicht vollständig entwickeln konnte, was erst

wenn es auch zur Zeit des Ursprungs der prätorischen b. p. nur noch eine Usucapion der körperlichen Sachen zur Folge hatte. Eben darauf führt denn auch die Einfachheit der ältesten Zeit, in welcher der Nachlaß eines Römers auch der Erscheinung nach eine um sein Grundstück sich gruppirende Einheit bildete und das Aeußere und Innere des Vermögens (res hereditariae und hereditas) noch so unentfaltet zusammenlagen, daß man einerseits auch das Grundstück heredium nannte und demgemäß andererseits auch das Innere als etwas durch das Aeußere Besitzbares betrachten mußte. Mit zunehmender Entwickelung der Staats- und Rechtsverhältnisse trat aber Inneres und Aeußeres auch in der Hinterlassenschaft immer mehr auseinander. Der Prätor, welcher mit obrigkeitlicher Gewalt objective Rechtssätze einführte und mit seiner b. p. zugleich die Unbilligkeiten der civilen Erbfolge ausgleichen wollte, konnte und mußte nun zwar seine b. p. fortdauernd als eine Universalsuccession auffassen. Ja, dieser Gesichtspunkt mußte mit der Zeit immer entschiedener aufgefaßt und damit die b. p. der hereditas immer mehr angenähert werden, weil das Interesse, das Civilrecht zu ergänzen und zu verbessern, über dem, die Ordnung bei der possessio hereditatis aufrecht zu erhalten, immer mächtiger wurde. Anders aber mit dem Besitz pro herede zum Behuf der Verjährung, dessen Beurtheilung der Jurisprudenz nach seiner natürlichen Wahrheit anheimfiel.

später geschah, als der Prätor sie zu einer selbstständigen Art der Erbfolge ausbildete.

Hier mußte man, umgekehrt, sobald jene Scheidung des Innern und Aeußern erfolgte, und je weiter sie fortschritt, sich immer mehr bewußt werden, daß die hereditas als solche nicht, sondern bloß die res hereditariae besitzbar seyen. Das nächste Stadium dieser Entwickelung zeigt nun jene ältere Theorie über die sacra, in der zwar noch die hereditas selbst, aber doch nur als pecunia in und mit den res hereditariae, so weit man sie in Besitz genommen hatte, usucapirt [17]) und dieser Universalerwerb bereits dem eigentlichen heredem esse als ein secundairer entgegengesetzt wurde [18]). In der Folge aber schied man ganz scharf zwischen dem rein ideal gewordenen Inbegriffe des nun oft in vielen Landgütern, Häusern, Waarenlagern u. s. w. sehr zerstreut umherliegenden Nachlasses und diesen körperlichen Sachen, aus denen er bestand. Der erstere, als etwas

17) Ursprünglich hätte man nämlich sagen müssen, daß, indem der Besitzer die ipsa hereditas ersitze, er auch Miteigenthümer der übrigen Sachen, welche er nicht in Besitz genommen hatte, und Mitrepräsentant des Verstorbenen in Forderungen und Schulden werde.

18) In dieser überhaupt schon dualistischen Zeit — etwa nach den zwölf Tafeln — kam es oft schon vor, daß Jemand mehrere Grundstücke, die als Centralpunkte seines ökonomischen Lebens gelten konnten, hatte, namentlich ein Haus in der Stadt und einen Acker auf dem Lande. Daher denn auch die comparative Auffassung der maior pars pecuniae. Nach einer ganz ähnlichen Rechtsentwickelung sollte zufolge Verordnungen in der zweiten (ebenfalls wieder dualistischen) Kaiserperiode der Erbe wegen Fideicommissen da belangt werden müssen, ubi maior pars hereditatis est (L. 50. pr. D. de iudic. 5., 1.), wogegen man die Klage früher gewiß im Wohnorte des Verstorbenen hatte anstellen müssen.

Unkörperliches, konnte nicht mehr zur Usucapion besessen werden, wohl aber die letzteren, bei denen jedoch darin keine Aenderung eintrat, daß sie immer noch als erscheinende, verkörperte Erbschaft, nicht als einzelne Sachen aus der Erbschaft, und daher auch immer noch als eine der ceterae res usucapirt wurden [19]) — ebenso wie der Erwerber der körperlichen Sachen durch in iure cessio hereditatis aditae immer doch nur hereditatem suam ex i. Qu. esse vindicirte.

Noch eine Spur der Ansicht, daß pro herede die Erbschaft als universitas, nicht die Sachen, in denen sie erscheint, besessen werden, oder wenigstens die Spur einer Unklarheit hierüber enthält folgende Stelle:

L. 2. D. de usurp. (41., 3.) Iavolenus lib. 6. Epistolarum. — Ei, a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram, locavi eum: an ullius momenti eam locationem existimes, quaero. quod si nullius momenti existimas, an durare nihilominus usucapionem eius fundi putes? Item quaero, si eidem vendidero eum fundum: quid de his causis, de quibus supra quaesii, existimes? Respondit, si is, qui pro

19) Ganz ebenso nahm man in der Kaiserzeit, und gewiß auch schon in der letzten Zeit der Republik an, daß nicht eine Heerde als solche, sondern nur die Häupter, aus denen sie besteht, usucapirt werden können. L. 30. §. 2. D. de usurpat. (41., 3.). Doch aber werden sie immer nicht als einzelne Schafe, sondern mit dem Titel z. B. pro emptore gregis als Heerdenhäupter besessen und usucapirt. Dieser Unterschied hat nur hier auf die Usucapionszeit keinen Einfluß, weil ebensowohl die Heerde, wie die einzelnen Schafe, bewegliche Sachen sind.

herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est: quia dominus suam rem conduxisset. sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit: ideoque longi temporis praescriptio non durabit. in venditione idem iuris est, quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit.

Diese Stelle trägt unverkennbare Spuren von Veränderungen, die sie durch die Compilatoren erlitten hat, an sich. Eine sehr unglückliche Aenderung ist gegen Ende longi temporis praescriptio statt usucapio, die man bei einem Grundstück freilich nicht stehen lassen konnte, — wiewohl man sie sorgloser Weise einige Zeilen vorher (usucapionem eius fundi) doch stehen ließ. An unserer Stelle bedachte man nicht, daß es, wie wir später sehen werden, eine pro herede longi temporis possessio gar nicht gab. Außerdem weist der eben so gedankenlos beibehaltene Ausdruck quid de his causis . . . existimes darauf hin, daß bei Javolenus außer der causa pro herede noch eine andere erwähnt war, die die Compilatoren als damals unpraktisch geworden gestrichen haben. Gewiß war dieses keine andere als die fiduciae causa, vielleicht — mir jedoch nicht wahrscheinlich — auch noch die ex praediatura, so daß ursprünglich geschrieben stand: Ei, a quo fundum pro herede vel fiduciae causa mancipatum diutius possidendo capturus eram — woraus sich auch erklärt, warum das allgemeine, diese verschiedenen Fälle umfassende Ei (statt des sonst zu erwartenden heredi)

und später domino steht. Warum wurde nun gerade bei diesen Usucapionen aus universellen Titeln die Frage aufgeworfen, ob, wenn der Besitzer pro herede dem Erben, der Usucapient ex fiduciae causa dem Gläubiger das Grundstück verpachtet oder verkauft habe, diese Contracte gültig, und wenn sie nicht gültig, der Besitz des usucapturus dadurch unterbrochen sey? Besitzt Jemand aus einem singulären Titel, dann ist es ganz zweifellos, daß, wenn er den Besitz aus einem Geschäft über die Sache, welches der Andere nur wegen ihm nicht gehöriger Sachen eingehen kann, dem Eigenthümer überträgt, das Geschäft nichtig ist und der Besitz des Uebertragenden aufhört, weil der Empfänger wegen Nichtigkeit des Geschäfts nicht als Ausüber eines fremden Besitzes betrachtet werden kann und hiervon abgesehen der Besitz sich nun in der That nicht mehr bei dem Hingeber befindet [20]). Ob dieses aber auch auf einen Besitzer pro herede anwendbar sey, konnte deßhalb bezweifelt werden, weil ein solcher nicht eigentlich die Sache, sondern die Erbschaft in ihr zu besitzen schien, während das Geschäft, z. B. die Verpachtung, doch bloß die einzelne Sache als solche betraf, daher denn theils der pachtende heres, da er doch nicht hereditatem pachtete, kein ungültiges Geschäft einzugehen, theils der pro herede possessor immer noch die nicht verpachtete hereditas in der Sache fortzubesitzen schien. Allein mit Recht verwirft Javolanus

20) L. 33. §. 5. D. de usurp. (41., 3.). L. 29. D. de pign. act. (13., 7.). L. 28. D. de acquir. poss. (41., 2.).

diese Auffassung der Sache. Wie es auf der einen Seite unläugbar ist, daß der Erbe, wiewohl durch einen universellen Titel, doch auch in das Eigenthum des bisherigen Eigenthümers eingetreten ist, so besitzt andererseits auch der pro herede possessor, wiewohl kraft eines universellen Titels, das Grundstück selbst, und so ist auch hier eine suae rei nulla conductio vorhanden, woraus die Unmöglichkeit der Fortdauer des Besitzes am Grundstück von selbst folgt.

Eine von selbst sich ergebende Folgerung daraus, daß pro herede nicht die Erbschaft als solche, sondern nur insofern sie in der einzelnen Sache zur Erscheinung kommt, besessen wird, ist die, daß der Usucapion entzogene Sachen, wiewohl die Gründe dieser Entziehung in der Natur der einzelnen Sache als solcher liegen, doch auch pro herede nicht usucapirt werden können.

Gai. 2., 52... nam ei concessum est, usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem.

L. 4. §. 24. D. usurp. (41., 3.) Paulus lib. 54. ad Edictum. — Idem dicendum est in eo, qui eum expulit, qui pro herede possidebat, quamvis sciat esse hereditarium (d. h. auch der expulsor kann nicht pro herede usucapiren).

Obgleich die Bezeichnung pro herede possidere in der hereditatis petitio und in dem interdictum Quorum bonorum im Uebrigen ganz denselben Sinn hat, wie in der Lehre von der Usucapion [21]), so kann

21) Das sieht man besonders aus der Formel des interd. Quorum bonorum L. 1. pr. D. Quor. bon. (43., 2.) ... quod

doch daran nicht gedacht werden, daß jemals der iuris pro herede possessor, z. B. ein Erbschaftsschuldner, auch pro herede hätte usucapiren können [22]); denn ein solches Verhältniß ist keine besitz- und usucapirbare Sache.

2. Hinsichtlich des Titels erfordert die Usucapion einzelner Sachen, daß man den Besitz auf Grund einer Uebertragung, durch welche im Verkehr Sachen erworben zu werden pflegen, ergriffen habe; denn nur darin liegt für den Wechsel des Besitzes wie des Eigenthums aus einem Vermögen in das andere ein rechtlicher Anfang des Willens, die Sache als die seinige zu haben, welcher Anfang, wie oben gezeigt, nöthig ist, wenn der usus die auctoritas soll geben können: die äußerste Gränze dieses rechtlichen Anfanges ist, daß, wenn auch ein Geschäft dieser Art nicht wirklich vorgekommen wäre, man wenigstens gerechte Gründe zu dem Glauben gehabt haben muß, es sey abgeschlossen worden, z. B. man hat von einem Wahnsinnigen gekauft, den man für vernünftig hielt. — Im Falle des Er-

---

de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve si nihil usucaptum esset.

22) Cic. de legib. 2., 19. Extrema illa persona est, ut si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit. Hätte dieser pro herede usucapiren können, so würde er schon unter die dritte Classe (Tertio loco, . . . qui . . . usu ceperit plurimum possidendo) gehört haben. Auch bezieht sich die Regel nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest nicht auf einen iuris possessor, wie die weiterhin zu erklärende L. ult. D. si pars hered. (5., 4.) zeigt.

werbes eines Nachlasses steht dagegen dem Successor gar keine Persönlichkeit und kein Wille entgegen, welche von ihm anerkannt werden müßten, um das Hinterlassene erwerben zu können: vielmehr liegt es in der Natur des Falles, daß nur sein, des Lebendigen, Wille gelte. Zwar beruft der Wille des Verstorbenen oder des Gesetzes einen Nachfolger. Aber theils geschieht dieses nicht nothwendig und in allen Fällen, theils bleibt es, auch wenn es geschehen, fraglich, ob der Berufene sich des Guts annehmen will. Es hört also dadurch jedenfalls das natürliche und ursprüngliche Verhältniß nicht auf, daß dem Verstorbenen gegenüber, dessen Wille stets, selbst bei hinterlassenem Testament, in seinem Vermögen durch den Tod vernichtet worden ist, der lebende Occupant nicht widerrechtlich verfährt: zu dem berufenen Erben aber steht der Occupant in gar keinem Verhältniß, weil er seinen Erwerb nicht von ihm, sondern nur vom Verstorbenen ableitet. Andererseits folgt aber aus diesem Verhältniß auch nicht etwa, daß es gar keiner Usucapion bedürfte, weil der Besitzer schon an sich durch Occupation der Erbschaftssachen als res nullius voller Eigenthümer würde. Dieses würde selbst dann nicht behauptet werden können, wenn gar kein heres vorhanden wäre. Denn die Erbschaftssachen sind nicht so res nullius, wie Sachen der freien Natur. Sie sind schon Sachen im Staate und zwar Sachen eines Verstorbenen, in denen die Gewähr einer Römischen familia fortdauert: deßhalb können sie als einzelne Sachen — wie etwa res derelictae — nicht

occupirt werden; werden sie aber als familia defuncti eingenommen, so ist zu bedenken, daß diese als eine civilrechtliche Sache, durch eine naturalis acquisitio ipso iure nicht erworben werden kann[23]). Daher bleibt stets die Usucapion nothwendig, um das Quiritarische Eigenthum selbst an bona vacantia zu erwerben.

Demnach erfordert der Titel pro herede nur, daß Jemand die hinterlassenen Sachen eines Verstorbenen als solchen gleichsam von ihm mit dem in Beziehung auf den Verstorbenen rechtlichen Willen, ihm darin per universitatem nachzufolgen, in Besitz genommen habe. Sein Name ist aber pro herede, nicht pro possessore, weil nur heres den erforderlichen animus domini ausdrückt[24]), auch nicht pro hereditate, weil die erbliche

---

23) Die Erbschaft, als familia testatoris, d. h. im Verhältniß des Sterbenden zu den Ueberlebenden, ist mancipi, weil sie eigentlich nur die Person selbst nach ihrer einen sächlichen Seite hin ist, und alle Personen, wenn sie sächlich übertragen werden sollen, mancipi sind. Gai. 2., 104. Im Verhältniß der Lebenden zu einander ist die familia des bereits Verstorbenen zwar nicht mancipi, weil sie nun keine Person mehr ist, aber doch immer nur civilrechtlich übertragbar, also durch in iure cessio. Gai. 2., 34.

24) Nichtsdestoweniger halte ich die Florentinische Inscription des Tit. D. 41., 5. Pro herede vel pro possessore für richtig. Es sollte in dem Titel, den man wahrscheinlich aus einem größern ältern Werke entnahm, von dem Gegensatze des pro herede possidere, welcher eben die possessio pro possessore ist, mit gehandelt werden, wofür man aber nachher keine Stellen aufnahm, vielleicht weil sie schon in dem Titel de hereditatis petitione einen bessern Platz erhalten hatten.

Nachfolge vielmehr eine Succession der Person in die Stelle einer Person, als der Erwerb der Sache ist.[25])

Im Einzelnen gehört nun zu dem Titel pro herede Folgendes:

a. der Tod des paterfamilias, von dem man so erwerben will; denn gehört die Sache noch einem Lebenden, so fällt die ganze objective Voraussetzung der Rechtmäßigkeit ihrer Occupation hinweg; daher auch die irrige Meinung, daß der Eigenthümer gestorben sey, den Titel nicht begründen kann.

L. 1. D. pro herede (41., 5.) Pomponius lib. 32. ad Sabinum. — Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit.

L. 3. C. eod. (7., 29.) Diocl. et Maxim. AA. et CC. Diodori. — Opinione falsa mortis pro herede possessio rerum absentis procedere non potest.

Hierher gehört auch die von den Neuern allgemein nicht recht verstandene Streitfrage unter den Römischen Juristen, ob, wenn sui oder necessarii heredes vorhanden sind, gegen sie pro herede usucapirt werden könne.

Gai. 2., 58 (Lachm.) Et necessario tamen herede extante, ipso iure pro herede usucapi potest.[26])

---

25) Meine Verfassung des Serv. Tull. S. 123.

26) Alle Ausgaben, auch die Lachmann'sche, haben das Komma hinter ipso iure, so daß dieses zu herede exstante gehören soll. Offenbar irrig. Ipso iure deutet regelmäßig auf den

Gai. 3., 201. (Lachm.) Rursus ex diverso interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri: velut res hereditarias, quarum non prius nactus possessionem necessarius heres esset; nam necessario herede extante placuit, ut pro herede usucapi possit.

L. 2. C. de usuc. pro herede (7., 29.) Diocl. et Maxim. AA. et CC. Maurinae. — Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, magis obtinuit.

Woher dieser Zweifel? Woher seine verschiedene Entscheidung für sui und für necessarii heredes? Der Grund des Zweifels war offenbar, daß, wenn Jemand solche Erben hinterläßt, man eigentlich gar nicht sagen könne, sein Nachlaß sey durch seinen Tod herrenlos, eine hereditas geworden, weil in dem Momente seines Todes sofort eine andere Person hervortritt, der vermöge ihrer Personeneinheit mit dem Verstorbenen eigentlich schon früher in ihm das Vermögen gehörte, und die jetzt in dem letzteren wie in ihrem persönlichen ius nur frei wird: wogegen aber von der andern Seite angeführt wurde, ein suus und necessarius heres sey

Gegensatz dessen, was durch die prätorische Jurisdiction bewirkt wird. Dieses ist hier nach dem Zusammenhange mit dem vorigen Paragraphen die Revocation solcher Usucapionen nach dem Hadrianischen Senatusconsult: wogegen durchaus kein Grund abzusehn ist, warum Gaius bei dem Erbewerben es neben dem necessario (also doppelt) hätte hervorheben wollen, daß es ohne eine Handlung erfolge, 3., 201.; wo die Revocation durch das Senatusconsult vorher nicht erwähnt ist, steht auch ipso iure nicht.

doch auch ein heres, der als solcher eine hereditas voraussetze, und dieses vorausgesetzt, könne nichts darauf ankommen, ob der heres ipso iure sofort oder erst durch Antretung die Erbschaft erwerbe. Wir können aber auch noch weiter behaupten, daß die Sabinianer es waren, welche die erstere, die Proculianer, welche die letztere Meinung vertheidigten. Ganz derselbe Streit wurde nämlich unter den beiden Schulen auch über die Wirksamkeit der in iure cessio hereditatis von Seiten des suus und des necessarius heres geführt:

Gai. 2., 37. idem (dieselbe Wirkung der in iure cessio, als wenn ein testamentarischer heres extraneus nach der Antretung die Erbschaft cedirt hat) et de necessariis diversae scolae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum quis adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat; quod quale sit, suo loco apparebit. sed nostri praeceptores putant, nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.

Gai. 3., 87. Suus autem et necessarius heres an aliquid agant in iure cedendo, quaeritur. nostri praeceptores nihil eos agere existimant: diversae scolae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur.

Die Sabinianer sagten: wenn Jedermann zugebe,

daß die in iure cessio seines Vermögens ein nichtiger Act sey, weil die familia als die Person nach ihrer sächlichen Seite, wie alles Persönliche, nicht veräußert werden könne, so müsse man dasselbe auch für die in iure cessio hereditatis der sui und necessarii heredes behaupten, weil sie nicht sowohl eine Erbschaft überkämen, als nur in dem früher schon gehabten Vermögen frei würden: wogegen sich die Proculianer darauf beriefen, daß die necessarii doch auch heredes wären, die nur auf andere, hier keinen Unterschied machende Weise die hereditas erwürben, als extranei heredes.

Die Mittelmeinung, welche zu Gaius Zeit für die usucapio pro herede schon festgestanden zu haben scheint, während der Streit in Betreff der in iure cessio hereditatis — vielleicht wegen der praktischen Seltenheit derselben — noch unentschieden war, traf offenbar das Richtige. Für die sui heredes ist es nämlich vollkommen wahr, was Paulus eben so tief als treffend sagt: L. 11. D. de lib. et post. (28., 2.) In suis heredibus evidentius[27]) apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse: quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias: sola nota hac adiecta, per quam distin-

---

27) Hiernach scheint Paulus an dieser Stelle den necessarius und den suus heres mit einander verglichen und auf den Unterschied, von dem wir hier handeln, aufmerksam gemacht zu haben.



guitur genitor ab eo, qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt; nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat. Hier war also eine pro herede usucapio unmöglich, weil das Vermögen in keinem Momente hereditas geworden war: und das ist denn auch wohl von dem Falle eines suus postumus zu behaupten nach den Satze: nasciturus pro iam nato habetur, so wie auch die Abstention als bloß prätorisches Institut für die civilrechtliche Usucapion nicht bewirken konnte, daß der suus heres nicht als lebendiger Fortsetzer des väterlichen Eigenthums betrachtet würde. Ganz anders aber im Falle eines necessarius heres. Zwar knüpft dessen Eigenthum am Vermögen auch unmittelbar an den Tod des Erblassers an; aber man kann nicht sagen, daß er selbst schon bei Lebzeiten desselben in ihm Eigenthümer gewesen sey, weil er damals als Sclav oder in mancipio noch völlig von der Rechtsfähigkeit in der Familie ausgeschlossen war, und wenn er durch die testamentarische Freilassung sogleich mit dem Tode frei und Erbe wird, so setzt doch im Begriff die Freiwerdung als ein Singularerwerb aus dem Vermögen des Verstorbenen ex testamento das Entstehen einer hereditas, zu der er gleichzeitig mit Erwerb derselben als erst jetzt erwerbfähig Gewordener hinzutritt, als ein prius voraus. Gegen ihn muß also die pro herede

usucapio eben so gut gelten, wie gegen jeden extraneus heres, aber freilich nach dem Hadrianischen Senatusconsult auch nur noch ipso iure.

Merkwürdig ist die Literargeschichte dieses Rechtssatzes. Früher kannte man bloß die Codexstelle und suchte sie auf mancherlei Weise zu erklären [28]). Nach der Auffindung des Gaius wurde in der ersten Stelle bis auf Lachmann allgemein statt des handschriftlichen Et Set herausgegeben, und man verstand den Paragraphen in Verbindung mit dem vorhergehenden als eine für den Fall eines necessarius heres gemachte Ausnahme von der Hadrianischen Aufhebung der lucrativa pro herede usucapio — obgleich doch Hadrian diese gar nicht aufgehoben, sondern nur verordnet hatte, daß die usucapirte Sache nichtsdestoweniger vom Erben sollte eingeklagt werden dürfen. Erst Unterholzner machte (1832) auf diesen Irrthum aufmerksam [29]) und stellte die handschriftliche Les-

---

28) Die Glosse und Greg. Maians. Disp. iur. civ. 53., 2. Tom. II. p. 254. verstehn sie von einer Usucapion des suus heres selbst, welche unmöglich sey, weil er nach L. 11. cit. immer schon von selbst Eigenthümer bleibe. Branchu Observ. c. 20. p. 254. nähert sich der richtigen Auffassung mit der übrigens auch falschen Erklärung, der suus heres sey als Fortsetzer des natürlichen Eigenthums auch gleichsam schon von selbst im Besitze (was entschieden unwahr ist) und darum könne gegen ihn kein Dritter pro herede usucapiren, weil diese Usucapion voraussetze, daß die Sache nicht schon vom Erben in Besitz genommen sey. Noch willkührlicher sind andere Erklärungen, z. B. von Cuiac. Paratitl. ad tit. C. pro herede und Comm. ad tit. D. pro herede.

29) Rhein. Museum Bd. 5. S. 30.

art her. Seine Erklärung jedoch, daß bei einer ipso iure eintretenden Erbfolge wenigstens eine unredliche Besitzergreifung ein furtum hätte zu begründen scheinen können, ist unbefriedigend, da Gaius selbst in der zweiten Stelle den Begriff eines furtum nur wenn der necessarius heres den Besitz schon ergriffen hatte, zuläßt und die Römer den Satz ohne Beziehung auf ein furtum ganz allgemein hinstellen[30]). Uebrigens wird in der zweiten Stelle des Gaius statt des von Lachmann herausgegebenen Textes, den wir im Uebrigen jetzt billigen, zu lesen seyn:

> quarum non prius nactus possessionem licet necessarius heres esset[31]).

Sagte nämlich Gaius necessarius heres schlechthin, so würde der Irrthum veranlaßt werden, als ob nur, wenn ein necessarius heres einträte, eine fremde,

30) Unabhängig von Unterholzner hat später auch Puchta Verisim. c. 6. (Lips. 1839) p. 9. die richtige Lesart wiederhergestellt und sich gegen den gewöhnlichen Irrthum erklärt. Seine eigene Deutung der Sache, bei welcher auch L. 2. C. de usuc. pro her. nicht berücksichtigt ist, befriedigt jedoch weniger. Er meint, bei necessarii heredes sey der von Gaius 2., 55. angegebene Grund der pro herede usucapio, den Erben zu baldiger Antretung zu bewegen, weggefallen, und dieses habe den Zweifel erregt. Dieser Grund hatte aber für die Jurisprudenz der Kaiserzeit gewiß keine Bedeutung mehr, und es würde sich auch auf diesem Wege theils der Unterschied zwischen dem suus und necessarius heres nicht erklären, theils auch der doch so nahe liegende Zusammenhang mit der Streitfrage über die Wirkung der in iure cessio hereditatis abgewiesen werden müssen.

31) Vergl. Gai. 3., 209. etsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit.

erbschaftliche Sache ohne furtum hingenommen und usucapirt werden könnte, da doch diese Hinnahme und Usucapion auch im Falle eines extraneus heres, der zwar angetreten, aber den Besitz noch nicht ergriffen hat, vorkommen kann. Dieser Irrthum wird durch das hinzugefügte lic. oder lc, wofür auch das wahrscheinlich so zu deutende Zeichen in der Handschrift steht, abgewehrt. Daß aber Gaius den Fall des necessarius heres besonders hervorhebt, hat darin seinen Grund, daß er von dem sine furto occupare rem alienam ein Beispiel geben will und im Falle des necessarius heres der Erbe immer sogleich auch Eigenthümer und dieses Eigenthum fast nur ein unmittelbar fortgesetztes des Verstorbenen ist, hier also das alienum esse stets als ein besonders schutzwürdiges eintritt.

b. Der Usucapient muß die Erbfähigkeit besitzen, da er einen civilen Erwerb vom Verstorbenen machen soll und nur aus eben diesem Grunde auch für den einzusetzenden Erben die testamenti factio erforderlich ist.

L. 4. D. h. t. Paulus lib. 5. ad legem Iuliam et Papiam. — Constat, eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.

Da von wirklichem Erwerbe die Rede ist, möchte man glauben, daß dieses Erforderniß auch von dem ius capiendi verstanden werden müsse. Doch führt eine genauere Untersuchung auf das Gegentheil, dem auch die Worte des Paulus offenbar allein entsprechen.

Zuerst kommen hier die ältern Gesetze in Betracht. Sehr wichtig — vielleicht noch wichtiger, als für die Legate — war in dieser Hinsicht die Lex Furia, qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mile assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est (Gai. 2., 225.). Denn mortis causa capitur (nach Gaius L. 31. pr. D. de mort. c. don. (39., 6.) vgl. L. 8. pr. eod.), cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, und also jedenfalls auch durch usucapio pro herede, auf welche mit vielleicht auch Gaius l. c. mit den Worten hindeutet: certe enim et qui hereditario .... iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem [32]). Die Lex Furia beschränkte also die Befugniß zu dieser Usucapion als eigentlicher pro herede usucapio im ursprünglichen Sinne dem Erfolge nach auf die personae exceptae und wollte sie für die übrigen zu einem bloßen den Legaten ähnlichen Singularerwerbe herabgedrückt wissen; denn im Ganzen kann man hereditas und Singularerwerb nach dem Gesichtspunct großer und kleiner Sachen unterscheiden, weßhalb seit Anfang der Kaiserzeit causae hereditariae als große Sachen zugleich und damals allein noch centumvirales waren, über welche stets mit einem sacramentum maius gestritten wurde (Gai. 4., 95.), und so sprach die Lex

32) Varr. lib. 3. de vita P. R. p. 247. Bip. drückt den Inhalt des Gesetzes nicht streng juristisch aus, wenn er sagt: Plebisque scito cautum, ne quis legaret caussave mortis donaret supra assis mile.

Furia mit den allen Legataren gestatteten 1000 Assen nur die damalige normale Höhe eines Legats als eines dem Erwerbe der heredes gegenüber kleinen Erwerbs aus (vergl. Gai. 4., 14.)[33]), mit deren Ueberschreitung es unnatürlicher Weise in den Betrag eines erbschaftlichen Erwerbes überschlagen würde. Indem nun aber das Gesetz die pro herede usucapio dem Legat gleichstellte, bezeichnete es in der rechtsgeschichtlicheu Entwickelung, wenigstens für die personae non exceptae, ungefähr dasselbe Stadium, welches sich in der spätern Doctrin über den Anfall der sacra privata ausspricht (Anm. 14.), und folglich, da es für die personae exceptae nichts neuerte, die mittlere Zeit zwischen der ältern und der neuern Doctrin über die sacra. Jedenfalls hing es aber auch mit der Entwickelung der prätorischen b. p. zusammen, wie sich schon daraus abnehmen läßt, daß der Prätor nur diejenigen Verwandten des Verstorbenen oder seines Patrons zur b. p. zuließ, welche in der Lex Furia ausgenommen wären, nämlich sechs Grade und aus dem siebenten den sobrino natus (Ulp. 28., 7. Fragm. Vat. §. 301.). Wenn wir nun anderwärts richtig vermuthet haben, daß die erste Einmischung des Prätors in das bona possidere dadurch veranlaßt worden sey, daß Unberufene, d. h. nicht mehr bloß zur

33) Die Differenz, daß nach den zwölf Tafeln res mile aeris plurisve große Sachen seyn sollten, nach dem Furischen Gesetze aber nur plus mile assibus (nicht mile aeris plusve) als Legat zu capiren verboten wurde, kann nicht in Betracht kommen. Gleichstehen sollte der Legatar dem Erben dürfen, nur aber nicht mehr als dessen geringsten Normalerwerb erlangen.



Erbfolge wenigstens natürlich Berechtigte, sich zur possessio et usucapio pro herede zudrängten, welche damit den Charakter einer improba et lucrativa possessio annahm, so dürfte auch noch weiter behauptet werden können, daß diese Einmischung durch die Lex Furia über das mortis causa capere vermittelt worden sey. Schon dieses Gesetz wollte mit dem Verbot des mortis causa capere von mehr als 1000 Assen nur die personae non exceptae von der pro herede usucapio, inwiefern sie einen so gut wie erbschaftlichen Erwerb erhielten, ausschließen. Der Prätor folgte nun bloß dem Princip dieses Gesetzes, indem er den berechtigten Personen die possessio als einen (ursprünglich jedoch noch auf die körperlichen Sachen beschränkten) Universalerwerb versprach und sie durch sein interd. Quorum bonorum in Stand setzte, allen improbi possessores ihren Besitz abzunehmen. Als Berechtigte erkannte er aber natürlich auch bloß die personae exceptae an, wohin außer den nach Civilrecht berechtigten und den genannten Cognaten gewiß auch noch vir et uxor gehörten. Möglich wäre es jedoch auch, daß die Lex Furia das prätorische Institut der b. p. in seinen Anfängen schon vorgefunden und in seinem Geiste fortgewirkt und dann nur auch wieder der Prätor seine Classe unde cognati (manumissoris) nach ihr eingerichtet hätte.

So kann die Lex Furia als der Wendepunct betrachtet werden, in dem die beiden in der Besitznahme des Nachlasses liegenden Momente, das einer factischen

erbschaftlichen Nachfolge und das eines civilrechtlichen Erwerbs der Nachlaßsachen, jenes an die Ansprüche der Verwandtschaft, dieses an den jährigen Besitz dritter Personen angeknüpft, zuerst entschieden auseinander traten, und während des erstern sich fortan das prätorische Edict zur Ausbildung einer wirklichen Erbfolge bemächtigte, entwickelte sich aus dem letzteren durch die Jurisprudenz immer mehr ein dem Erfolg nach nur singulärer Erwerb einzelner Sachen aus der Erbschaft.

Doch wir kommen auf die hier uns eigentlich beschäftigende Frage. Die Lex Furia war nicht perfecta, sie verpflichtete nur den, der nach ihr von Todeswegen zu viel erworben hatte, zur Erstattung des Vierfachen an den Erben (Gai. 4., 23. Ulp. 1., 2. Theoph. 2., 22. pr.). So hinderte sie also die pro herede usucapio selbst nicht: und dasselbe galt — da alle jene Gesetze der ältern Zeit leges imperfectae zu seyn pflegen — gewiß auch von der Vorschrift der Voconia, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent (Gai. 2., 226.). Frauen konnten zwar nach demselben Gesetze von Bürgern, die mit 100000 Assen censirt waren, ipso iure nicht zu Erben eingesetzt werden; allein auch sie wurden dadurch nicht gehindert, pro herede zu usucapiren; denn das Gesetz entzog ihnen nicht die Erbfähigkeit und die mortis causa capio überhaupt, es sprach bloß von Erbeseinsetzung, mit der die pro herede usucapio in keiner Beziehung steht. Der Ausspruch des Paulus darf daher nur so wie er

lautet verstanden werden: jeder, der (passive) testamenti factio hat — welche stets Erbfähigkeit voraussetzt — kann auch pro herede usucapiren; nicht umgekehrt ist jeder, der die testamenti factio nicht hat, auch von der pro herede usucapio ausgeschlossen. Ganz anders mit der einen testamentarischen Erwerb voraussetzenden usucapio pro legato: Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est: quia ea possessio ex iure testamenti proficiscitur (L. 7. D. pro leg. 41., 8.).

Die Lex Iulia et Papia entzog den Ehelosen das ius capiendi ganz, den Kinderlosen und den Ehegatten unter einander zum Theil und nach der Lex Iunia konnten Latini liberti nicht capiren — alles dieses mit der Kraft einer lex perfecta (Gai. 2., 23. 111. 286. Ulp. 17., 1. 22., 3.). Aber alle diese und andere spätere Gesetze sprachen nur von testamentarischen hereditates et legata und konnten nach ihrem Zwecke, den Erblassern die Zuwendung ihres Vermögens an Unwürdige unmöglich zu machen, auch nur auf andere Erwerbe aus letztwilligen Verfügungen ausgedehnt werden. Die pro herede usucapio gingen sie also nichts an. In diesem Gegensatze der zustehenden testamenti factio bei entzogenem ius capiendi hat denn auch ohne Zweifel Paulus, der im fünften Buche ad legem Iuliam et Papiam von der Caducität handelte[34]), seinen oben referirten Ausspruch gethan.

34) Heinecc. ad L. Iul. et P. P. 3., 1. §. 4. In der Sache selbst verwechselt Heineccius 3., 6. §. 3. die testamenti

Aber omnis definitio in iure civili periculosa est; mit dem Sclaven eines Römischen Herrn findet testamenti factio Statt und doch kann er nicht pro herede besitzen und usucapiren.

L. 3. §. 4. De usurp. (41., 3.) Paulus lib. 54. ad Edictum. — Servus pro herede possidere non potest.

Doch verstehen wir erst recht, was Paulus sagt. Nicht so ist er zu verstehn, als wenn diese Usucapion auch dann unmöglich seyn sollte, wenn der Herr seinen Sclaven eine Sache, die er pro herede usucapiren will, in Besitz nehmen läßt; denn dann nimmt nicht der Sclav, sondern der Herr selbst pro herede in Besitz. Nur das wird gesagt und ist von den Regeln der übrigen Usucapionstitel abweichend, daß der Sclav nicht so für seinen Herrn besitzen kann, daß er selbst Erbe seyn will und dadurch sein Herr erwerben soll, wogegen, wenn der Sclav z. B. kauft und tradirt erhält, der Herr pro servo emptore besitzt und usucapirt, ex causa peculiari ohne Rücksicht auf Wissenschaft, ohne Peculium nur dann, wenn er um den Besitz weiß [35]). Der Grund dieser Abweichung liegt nun nicht etwa darin, daß Sclaven nur ex per-

---

factio mit dem ius capiendi und spricht daher in völligem Mißverständniß der L. 4. cit. den incapaces die pro herede usucapio ab.

35) L. 2. §. 11. . . . 14. D. pro emtore (41., 4.) L. 8. pr. L. 28. L. 31. §. 47. D. de usurp. (41., 3.) L. 1. §. 5. D. de acquir. vel am. poss. (41., 2.). Unterholzner Verjährungslehre 3. 120.

sona domini die testamenti factio haben; denn sie haben auch nur eben so das ius stipulandi und alle andere Erwerbsfähigkeit [36]), auch würde der Herr ohne Zweifel pro legato usucapiren können, wenn der Sclav mit diesem Titel eine dem Sclaven legirte Sache in Besitz genommen hätte. Vielmehr ist der Grund darin zu suchen, daß der Titel pro herede vermöge der in ihm kraft eigener Fähigkeit und Willensbestimmung behaupteten Fortsetzung einer fremden vermögensrechtlichen Persönlichkeit (familia) nothwendig Jemand voraussetzt, der selbst das Recht der familia hat. So fehlt dem Sclaven auch die Fähigkeit zur gesetzlichen Erbfolge, indem das Gesetz eben auch nur die an sich vorhandene Erbfähigkeit anerkennt. Daß er aber zum Erben eingesetzt werden kann, ist als eine Ausnahme von dem an sich vorhandenen Mangel der Erbfähigkeit zu betrachten, welche auf der hier überwiegenden fremden, den Herrn oder die zukünftige Freiheit des Sclaven berücksichtigenden Willensbestimmung beruht. Für den filiusfamilias möchte schwerlich dasselbe, wie für den Sclaven zu behaupten seyn. Denn obgleich er in der familia nicht selbstständig ist, so hat er doch an sich Antheil an der familia und kann auch zur Intestaterbfolge gelangen [37]).

---

36) L. 31. pr. D. de hered. instit. (28., 5.) B. 5. D. de servit. leg. (33., 3.) L. 82. §. 2. D. de leg. 2. pr. I. de stipul. serv. (3., 18.).

37) Darauf, daß der Sclav nur auf Befehl seines Herrn eine Erbschaft antreten kann, ist kein Gewicht zu legen; denn

c. Indem diese Usucapion von der factischen Seite her den durch die Antretung des berufenen Erben erfolgenden rechtlichen Erwerb der Erbschaftssachen vertritt, und folglich ein Erwerb von dem Verstorbenen, gegen dessen rechtliche Vertreter, die heredes, ist, setzt sie nothwendig Erbschaftssachen voraus.

Cic. de legg. 2., 19. Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo.

Gai. 2., 52. Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat: velut, si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit ... quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

Gai. 2., 54 .... quod olim rerum hereditarium possessione velut ipsae hereditatis usucapi credebantur ... tamen in omnibus rebus hereditariis ... annua usucapio remansit.

Sind also Sachen in der Erbschaft, die nicht dem Verstorbenen, sondern dritten Personen gehörten, so können sie nicht pro herede in Besitz genommen und usucapirt werden. Für sie lassen sich nur singuläre Titel gegen die dritten Eigenthümer dieser Sachen denken und diese auch nur fortsetzungsweise für diejenigen, welche rechtlich per universitatem in die Stelle des Erblassers

---

dieses gilt, weil der Herr nicht wider seinen Willen durch die Erbschaft obligirt werden darf; durch die pro herede possessio tritt man aber nicht in die Nachlaßschulden ein.

eintreten[38]), der sich also schon in conditione usucapiendi befunden haben muß. Fehlte es dem Erblasser an einem Titel oder stand sonst ein Hinderniß seiner Usucapion entgegen, so geht eben dieser Zustand auch auf seinen Erben über[39]), mag dieser auch in gutem Glauben seyn, d. h. meinen, daß die Sache dem Erblasser gehört habe[40]).

L. 4. C. h. t. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Serapioni. — Usucapio non praecedente vero titulo, procedere non potest: nec prodesse neque tenenti, neque heredi eius potest: nec obtentu, velut ex hereditate esset, quod alienum fuit, domini intentio ullo temporis longi spatio absumitur.

Und dasselbe gilt auch von der longi temporis praescriptio.

L. 4. C. de praescr. long. temp. (7, 33.) Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Hermogeni. — Diutina possessio tantum iure suc-

---

38) Nur im ältesten Rechte, wo die hereditates ipsae usucapirt wurden, konnte der Usucapient, nachdem er die hereditas erworben, auch ebenso wie der heres, d. h. als Stellvertreter des Erblassers, dessen Singular-Titel zur Usucapion benutzen.

39) L. 11. D. de div. temp. praescr. (44., 3.) §. 12. I. de usuc. (2., 6.).

40) L. 13. 2. 3. D. de petit. hered. (5., 3.). Nerat. lib. 6. Membranarum scribit, ab herede peti hereditatem posse, etiamsi ignoret, pro herede vel pro possesore defunctum possedisse. Idem esse lib. 7. ait, etiamsi putavit heres, eas res ex hac hereditate esse, quae sibi delata est.

cessionis sine iusto titulo obtenta, prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest.

In beiden Stellen verwahren sich die Kaiser gegen die Ansicht, daß in dem Vorfinden einer Sache in der Erbschaft, zu der sie aber in der That nicht gehörte, irgend ein Titel für die Erben liege. Wahrscheinlich hatte der Bittsteller den Titel pro herede so mißverstanden und so mag denn auch das folgende Rescript von Antoninus Caracalla an Theophilus — welches keineswegs sagen will, daß die pro herede usucapio überhaupt nicht gelte — auf einen solchen in dem vorgelegten Falle irrig behaupteten titulus pro herede sich beziehen.

L. 1. C. h. t. — Cum pro herede usucapio locum non habeat: intelligis, neque matrem tuam (welche die fremden Sclaven schon in einer von ihr gethanen Erbschaft vorgefunden hatte) cui heres extitisti, neque te usu mancipia ex ea causa capere posse.

Im Widerspruch mit diesen Stellen scheint aber zu stehn:

L. 3. D. h. t. Pomponius lib. 23. ad Q. Mucium. — Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.

Und läßt sich nicht auch für diese Ansicht anführen, daß doch der Erbgang eine Acquisition von Sachen ist und folglich für den an fremden in der Erbschaft vorgefundenen Sachen ergriffenen Besitz einen gerechten Ti-

tel bildet? Das Richtige ist Folgendes: Es bleibt dabei, daß die Erbfolge als solche, d. h. im Verhältniß zum Verstorbenen, nur den titulus pro herede und diesen eben nur an Erbschaftssachen begründen kann, und daß also in diesem Verhältniß, wenn der Verstorbene eine fremde Sache ohne Titel besaß, der Erbe, der sie in der Erbschaft mit vorfindet, auch wenn er glaubt, sie sey eine Erbschaftssache, nur in dessen titellosen Besitz einrückt. Davon verschieden aber ist der Fall, wenn der Erbe nicht im Verhältnisse zum Verstorbenen, sondern nachdem er selbst schon Erbe geworden ist, in seinem Verhältniß zu einem Dritten den Besitz einer Sache aus dem Grunde, weil er glaubt, sie gehöre zur Erbschaft, erlangt; denn dieses begründet einen singulären Titel, den pro suo, indem der Besitzer hier den Besitz aus einem in ihm selbst liegenden gerechten Grunde, oder gleichsam von sich selbst ableitet. So also z. B., wenn er die Sache von einem dritten Detentor, der aus irgend einem Grunde Anspruch darauf machte, als zur Erbschaft gehörig einfordert und dieser sie ihm herausgiebt, oder wenn er selbst besaß, ein Dritter mit einer specialis actio gegen ihn klagte und nachher die Klage fallen läßt [41]), oder wenn der Erbe von einer in der Erbschaft gefundenen Sache die Frucht percipirt [42]).

41) L. 33. §. 3. D. de usurpat. (41., 3.). Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam iustam habebo.

42) L. 2. D. pro suo (41., 10.) ... Similiter fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est (sc. pro nostro possidemus).

Auch der Fall gehört dahin: ein Vater vertheilt bei Lebzeiten sein Vermögen oder einen Theil desselben unter seine Kinder in der Gewalt; nach seinem Tode behalten sie dasselbe nach dieser Theilung im Besitz, indem sie ein Uebereinkommen schließen, wonach es bei jener (ursprünglich wegen der väterlichen Gewalt ungültig gewesenen) Theilung bleiben soll. Wenn sich hier fremde Sachen unter den vertheilten befanden, so usucapiren die Kinder davon nicht bloß den Theil, den sie von einander erhalten haben (dieses würde sich allenfalls schon auf Grund des Titels pro transacto behaupten lassen), sondern die ganzen Sachen, weil sie den Besitz derselben als Erbschaftssachen von einander zugestanden erhalten haben [43]). Dieser Titel pro suo steht nun aber mit dem pro herede so sehr im Gegensatze, daß er stets auch bona fides und Besitzerlangung von einem Dritten (in welchem Falle die pro herede usucapio, wie sich nachher zeigen wird, unmöglich ist) oder doch im Verhältniß zu einem Dritten erfordert. Fehlt es an einer Thatsache, kraft deren der Erbe die Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft annehmen darf, und so sie zu besitzen anfängt, so setzt er bloß den titellosen Besitz des Erblassers fort, und hieraus ergiebt sich vollständig der Sinn der citirten L. 4. C. de praescr.

---

43) L. 4. §. 1. D. pro suo (41., 10.). Si pater cum filiis bona, quae habebat, partitus sit, et ex ea causa post mortem patris ea teneant, quod inter eos conveniret, ut ea divisio rata esset: usucapio his procedat pro suo in his rebus, quae alienae in bonis patris inveniuntur.

long. temp. (namentlich in den Worten tantum iure successionis obtenta und hac sola ratione), sowie der Schlußworte der L. 4. C. h. t. cit. nec obtentu, velut ex hereditate esset, quod alienam fuit, domini intentio ullo temporis longi spatio absumitur; denn ein bloßer obtentus ist von dem putare, rem ex hereditate esse, wovon Pomponius in L. 3. D. cit. spricht, wie ein eingebildeter Titel von einem wirklichen verschieden.

d. Der Besitzer muß aber auch den Besitz der Sache von dem Verstorbenen ergreifen, d. h. anstatt desselben, der durch den Tod aufgehört hat zu besitzen, als sein factischer Nachfolger den Besitz occupiren. Ob übrigens hier der Verstorbene selbst besaß und erst durch seinen Tod zu besitzen aufhörte, oder ob er zufällig schon vor seinem Tode den Besitz verloren hatte, ohne daß ein anderer ihn erwarb, ist offenbar gleichgültig; denn so gut jener im letzten Falle die Sache als die seinige in Besitz nehmen konnte, so kann sie jetzt auch der factische Nachfolger als solcher occupiren. Im Uebrigen aber sind fünf Fälle zu unterscheiden: 1) die durch den Tod des Erblassers besitzlos gewordene Sache ist inzwischen von keinem Andern in Besitz genommen worden; 2) schon bei Lebzeiten des Erblassers besaß ein Anderer, der auch jetzt noch im Besitze ist, was theils ein civiler, theils ein prätorischer, theils auch ein bloß natürlicher Besitz seyn kann; 3) nach des Erblassers Tode ist ein Dritter in den Besitz gekommen; 4) der Erbe hat den Besitz der Sache ergriffen; 5) der, wel-

cher pro herede usucapiren will, besaß die Sache selbst schon aus einem andern Grunde.

Der erste der bezeichneten Fälle ist derjenige, in welchem die pro herede usucapio eintritt; denn hier erlangt der Usucapient den Besitz vom Verstorbenen und die Sache wird dadurch auch nicht furtiv, selbst wenn der Erbe die Erbschaft schon erworben hätte.

Gai. 2., 52. ... velut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit.

Gai. 3., 301. Rursus ex diverso interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri: velut res hereditarias, quarum non prius nactus possessionem licet necessarius heres esset[44]).

Ueber den Grund, weßhalb eine Erbschaft kein furtum erleiden könne, referirt Ulpian aus Scävola:

L. 1. §. 15. D. si is, qui testam. liber (47., 4.) Scaevola ait, possessionis furtum fieri: denique, si nullus sit possessor, furtum negat fieri. Idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. sed nec heredis est possessio, antequam possideat: quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis; non autem fuit possessio hereditatis.

---

44) Vergl. außerdem L. 2. §. 1. L. 6. D. expil. hered. (47., 19.) L. 68 ... 70. D. de furtis (47., 2.) L. 33. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (41., 1.).

Man hat diese Begründung damit zu widerlegen geglaubt, daß ja in vielen Fällen ein furtum auch gegen einen Nichtbesitzer begangen werde. Doch ist Scävola's Gedanke richtig, wenn auch der Ausdruck vielleicht mangelhaft. Er will nämlich sagen, daß das furtum stets eine factische Entziehung voraussetze — factisch auch auf Seiten dessen, dem man die Sache entzieht; denn das furtum ist das contradictorische Gegentheil einer rechtmäßigen Ueberlassung und Erlangung des Gegenstandes durch Vertrag. Wenn also die Sache von einem Verstorbenen hinterlassen ist, so kann, bevor eine auch factische Succession in dieselbe Statt gefunden hat, kein Diebstahl an derselben begangen werden, weil der Verstorbene oder die hereditas kein persönlich-factisches Interesse (dieses subjective Verhältniß nennt hier Scävola possessio) an ihr hat[45]). Der Erbe hat zwar durch die Antretung dem Rechte nach die entstandene Lücke ausgefüllt, aber in das persönlich-factische Interesse an der Sache, aus dem sie allein entwandt wer-

---

45) Das factische Interesse an der Sache culminirt seiner factischen Darstellung nach im Besitz, läßt aber auch ohne diese seine schärfste Ausprägung denken. Wenn z. B. einem Kriegsgefangenen oder dem, dessen Thiere sich verlaufen haben oder von Raubthieren geraubt oder sonstige Sachen sonstwie abhanden gekommen sind, oder wenn dem bloß hypothekarischen Pfandgläubiger vom Eigenthümer Sachen entwandt werden, so findet hier überall kein Besitz Statt, dennoch aber ist aus einem factischen Interesse einer wirklich vorhandenen Person entzogen worden — wie denn auch in allen diesen Fällen ein Vertrag mit der Person wegen Ueberlassung sich denken ließe.

den kann, tritt er erst ein, wenn er auch den Besitz derselben ergreift.

Hieraus geht nun für den zweiten Fall — wenn ein anderer aus der Zeit des Erblassers her besitzt — hervor, daß die Hinnahme der Sache zum Zweck der pro herede usucapio nicht ohne furtum geschehen würde; denn hier ist das factische Interesse einer Person durch den Tod nicht erledigt worden. Auch reicht es hin, daß die Sache nur im natürlichen Gewahrsam war, weil auch der Diebstahl rein factisch ist, und selbst der Erbe würde alsdann furti klagen können, so weit dieses der Eigenthümer überhaupt kann, weil ein furtum geschehen ist und die furti actio unter dieser Voraussetzung jedem rechtlich Interessirten zusteht.

L. 68. D. de furtis (47., 2.) Marcellus lib. 8. Digestorum. — Hereditariae rei furtum fieri Iulianus negabat, nisi forte pignori dederat defunctus aut commodaverat.

L. 69. ibid. — Scaevola lib. 4. Quaestionum. — Aut in qua ususfructus alienus est.

L. 70. ibid. Marcellus l. c. — His enim casibus putabat hereditariarum rerum fieri furtum et usucapionem impediri: idcirco heredi quoque actionem furti competere posse. [46])

46) Die Streitfrage unter den älteren Juristen, possitne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere (Cic. ad famil. 7., 22.), bezog sich schwerlich auf den gewiß von jeher unbestrittenen Satz, hereditariae rei furtum fieri non posse, sondern darauf, ob, wenn wirklich ein furtum, z. B. an einer Sache,

Der dritte Fall, daß nach des Erblassers Tode Jemand die Sache in Besitz genommen hat, führt auf die Frage, ob man auch dann pro herede usucapiren könne, wenn man die Sache Jemandem, der sich bereits in conditione usucapiendi pro herede befand, weggenommen hat? Da der bisherige Besitzer kein rechtliches Interesse an der Sache hatte [47]), wie z. B. ein b. f. possessor es allerdings hat, so kann derselbe jedenfalls nicht furti klagen.

L. 71. §. 1. D. de furtis (47., 2.) Iavolenus lib. 15 ex Cassio. — Eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit: quia furti agere potest is, cuius interest, rem non subripi. interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturus est. [48])

Daß aber ein furtum begangen sey, läßt sich deßhalb doch nicht abläugnen, da die Sache Jemandem in

---

woran der Erblasser einen ususfructus bestellt hatte, geschehen sey, auch der Erbe furti klagen könne. Noch eine Spur dieser Controverse in L. 35. D. de usurp. (41., 3.).

47) Er verhält sich also ebenso, wie ein fur und jeder sonstige malae fidei possessor, der auch nicht furti klagen kann; L. 12. §. 1., 14. §. 4. D. de furtis (47., 2.), während die Klage dem b. f. possessor zusteht; L. 12. §. 1. L. 20. §. 1. L. 74. D. eod. §. 15. I. de oblig. quae ex del. (4., 1.).

48) Diese Begründung ist jedenfalls mangelhaft; doch berechtigte dieß nicht dazu, die Stelle, wie gewöhnlich geschieht, dahin zu mißdeuten, als wollte Javolenus dem Besitzer die furti actio nur für den Werth der Sache selbst, nicht aber für den Werth seines Besitzes absprechen.

gewinnsüchtiger Absicht entzogen ist, und so kann sie denn auch nicht usucapirt werden. Dieses bezeugt auch wenigstens für den Fall einer res vi possessa

L. 4. 23. D. de usurp. (41., 3.) Paulus lib. 54. ad Edictum. — Ceterum etiamsi mala fide fundum me possidentem deieceris et vendideris, non poterit capi: quoniam verum est, vi possessum esse, licet non a domino. §. 24. Idem dicendum est in eo, qui eum expulit, qui pro herede possidebat, quamvis sciat hereditarium (nämlich der expellens, der, indem er dieses wußte, und vielleicht selbst pro herede usucapiren wollte, um so eher rechtmäßig zu verfahren scheinen konnte). [49])

Dasselbe muß um so mehr gelten, wenn Jemand die Sache aus einem rechtmäßigen Grunde in Besitz genommen hatte, z. B. kraft einer prätorischen Immission wegen verweigerter cautio legatorum servandorum causa, obgleich, wenn der Usucapient schon besitzt, diese Mission nach gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen seine civilis possessio nicht unterbricht.

L. 2. pr. D. h. t. Iulianus lib. 44 Digestorum. — Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat posses-

49) Ein solcher würde also nur pro possessore besitzen. L. 16. §. 4. D. de hered. petit. (5., 3.) Iulianus scribit, si is, qui pro herede possidebat, vi fuerit deiectus, peti ab eo hereditatem posse, quasi a iuris possessore; quia habet interdictum Unde vi, quo victus cedere debet. sed et eum, qui deiecit, petitione hereditatis teneri, quia res hereditarias pro possessore possidet.

sionem eius, qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. quid ergo est? etiam impleta usucapione ius pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit, aut eo nomine satisdatum.

Wenn aber der erste Besitzer seinen Besitz freiwillig abgetreten oder auch nur wieder aufgegeben hat, so ist kein Grund einzusehen, warum der neue, wenn er nur die Erbschaftssache als solche in Besitz nimmt, nicht noch pro herede sollte usucapiren können. Noch mehr muß dieses für den bonorum possessor gelten, der durch das interdictum Quorum bonorum von einem pro herede oder pro possessore possessor den Besitz von Erbschaftssachen erlangt hat, oder für den pro herede possessor selbst, der den einmal verloren gegangenen Besitz wieder erlangt.

Im vierten Falle — wenn der Erbe die Sache in Besitz genommen hat — fällt alle pro herede usucapio weg, weil nun auch der factischen Succession nach die Sache aufgehört hat, eine bloß erbschaftliche zu seyn, und vielmehr die eines Lebendigen geworden ist, welchem gegenüber die Besitznahme kein rechtliches Moment mehr haben würde, um zur auctoritas erhoben werden zu können. Darum wird das cuius rei heres possessionem nondum nactus est von Gaius 2., 32. 3., 301 ganz unabhängig von der Furtivität der Sache als ein selbstständiges Requisit des Titels pro herede angeführt, und die folgende Stelle bestätigt, daß, wenn Jemand auch als vermeintlicher Erbe in gutem Glauben

und sogar durch Tradition von dem Erben selbst, die Sache in Besitz erhalten hat, er doch nicht pro herede usucapiren kann, bloß weil die Sache schon im Besitz des Erben gewesen war.

L. 29. D. de usurp. (41., 3.) Pomponius lib. 22. ad Sabinum. — Cum solus heres essem, existimarem autem, te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi[50]), propius est, ut usu eas capere non possis; quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est, neque aliam ullam habes causam

50) Darin liegt eine Tradition nicht des Eigenthums, sondern des Besitzes an dem Theile der Sachen; denn da der Tradent glaubt, daß dem Andern als Miterben das Eigenthum zustehe, und wegen dieses vorhandenen Eigenthums tradiren will, so kann er nicht den Willen haben, es ihm durch die Tradition erst zu verschaffen. Auch kann der Empfänger nicht pro suo usucapiren, weil dieser Titel, wie oben gezeigt, stets ein singulärer Titel ist, der vermeintliche Erbe aber hier die Sachen lediglich kraft seiner Erbfolge in Besitz nimmt. Völlig verschieden davon ist der in L. 36. fin. D. famil. ercisc. (10., 2.) behandelte Fall, in welchem der wirkliche Erbe mit einem vermeintlichen die Erbschaftssachen theilt, so daß er gewisse Erbschaftssachen für seinen Erbtheil ganz behält, andere dem vermeintlichen Miterben für dessen Antheil ganz überträgt. Hier würde der Theil des Erben an den letztern in das Eigenthum des Andern übertragen seyn, könnte aber mit der condictio indebiti zurückgefordert werden, während der übrige Theil dem Erben verblieben wäre und mit der hereditatis petitio zurückgeklagt werden müßte. Wären aber unter den Sachen fremde, nicht zur Erbschaft gehörige gewesen, so würde der vermeintliche Erbe den auf seine geglaubte Erbportion kommenden Theil pro suo usucapiren können, ohne vor abgelaufener Usucapion eine Klage des Erben fürchten zu dürfen. Dieser richtigen Auffassung scheint Arndts im Rhein. Museum Bd. 2. S. 130 flg. ohne Grund gemißtraut zu haben.

possidendi. Ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum fuerit. Idem dicimus, si tu quoque existimes, te heredem esse: nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi.

Der letzte Fall war der, daß Jemand die Sache schon aus einem anderen Grunde besaß, gleichviel ob er den Besitz schon bei Lebzeiten des Erblassers oder erst nach dessen Tode erlangt hatte und nun pro herede zu besitzen anfangen will. Dieses erklären die Römischen Juristen für unzuläßig mit Anführung des Grundes: quia nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.

L. 2. §. 1. D. h. t. Iulianus lib. 44. Digestorum. — Quod vulgo respondetur: causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse. §. 2. Filium [51]) quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere. Servius: scilicet qui existimabat, naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre. Cui consequens, ut filius a patre heres institutus, res heredita-

51) Es ist, wie der Gegensatz im Folgenden zeigt, an einen enterbten filiusfamilias zu denken.

rias a patre sibi donatas pro parte coheredum usucapere non possit.

In der lucrativa pro herede possessio liegt keine Art von rechtlicher Uebertragung von einem Andern, kraft deren man eine zur Usucapion führende iusta possessio behaupten könnte, vielmehr besteht ihre ganze rechtliche Kraft in der einseitigen Occupation des Besitzes von Nachlaßsachen darum, daß sie durch den Tod des Erblassers factisch vacant geworden sind. Bin ich nun aus irgend einem Grunde schon im Besitz der Sache, so steht mir dieser lebendige eigene Besitz selbst im Wege, daß ich sie nicht als vacant gewordene Sache einnehmen kann, und zugleich kann ich den Grund dieses Besitzes auch nicht als durch einen neuen gerechteren überwunden betrachten, — selbst wenn der bisherige rein factisch, eine bloße Detention wäre [52]) — weil die lucrativa pro herede possessio eben nur als Occupation einer vacant gewordenen Sache überhaupt eine iusta possidendi causa enthält. Somit würde in diesem Falle die pro herede possessio nur auf dem subjectiven Willen des Besitzers, nicht auf der objectiven Wahrheit beruhen: man würde sibi ipse mutare causam possessionis, nicht eine mutata causa haben.

Die practische Bedeutung dieser Regel war nun für

52). Der eigene natürliche oder juristische Besitz verhält sich also ganz so, wie der eines Fremden, L. 68... 70. D. de furtis, nur daß die Occupation im letztern Falle ein furtum begründet, im erstern eine leere subjective mutatio possessionis seyn würde.

die pro herede usucapio eine doppelte: für den, der sich bisher schon in conditione usucapiendi befand, daß er nicht bei Grundstücken die einjährige pro herede usucapio an die Stelle einer zweijährigen setzen, für den, der bisher keinen Titel hatte, daß er auch nicht auf den titulus pro herede usucapiren konnte. Außer dieser Bedeutung für die Usucapion hatte sie aber noch eine zweite, gewöhnlich übersehene für die hereditatis petitio, indem auch Niemand, der schon ex speciali causa besaß, den Titel pro herede dadurch, daß er nun als Erbe besitzen wollte, sich selbst verschaffen und auf diese Weise der specialis actio sich entziehen konnte, um den Gegner zur Anstellung der hereditatis petitio zu zwingen. Für diese Anwendung ist aber zu bemerken, daß die Regel nicht auch für den iuris possessor galt, sehr natürlich, weil dieser eigentlich überhaupt nicht besaß und hier also auch nicht von Ueberwindung eines schon vorhandenen, eigenen Besitzes die Rede seyn konnte. Hierher gehört L. 10. D. si pars hered. (5., 4.), in welcher Papinian folgenden Fall behandelt: Jemand, der zum Theil zum Erben eingesetzt war, ist schon vor dem Testator gestorben. Sein Sohn, der dieses nicht weiß, verwaltet den Erbschaftstheil im Namen seines noch abwesend gedachten Vaters und hat für verkaufte Erbschaftssachen Gelder eingehoben. Er kann von den Miterben seines Vaters, denen jener Erbschaftstheil gehörte, nicht mit der hereditatis petitio, weil er weder pro herede noch pro possessore besaß, wohl aber mit der negotiorum gestorum actio belangt werden: woge-

gen die Erben seines Vaters diese Klage gegen ihn nicht haben. Nun wird der Fall etwas geändert:

> Quodsi filius iste patri suo heres exstitit, et movet controversiam, quod pater eius, postquam heres exstitit, mortem obierit: ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur? Quoniam tamen qui negotia hereditaria gessit, et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis, ut iuris possessor convenitur: idem etiam in hoc filio respondendum erit.

Wenn also der Sohn Erbe seines Vaters geworden ist und nun behauptet, dieser sey erst nach des Erblassers Tode als Erbe desselben verstorben, so meint Papinian, komme zur Frage, ob er, indem er nun vermöge seines Miterbenrechts den Miterben seines Vaters ihr Erbrecht an dem Erhobenen bestreite, nicht den Besitz aus dem Grunde der negotiorum gestio in eine possessio pro herede unstatthafter Weise verändere? Er entscheidet sich aber dafür, daß er ebenso als iuris possessor mit der Erbschaftsklage belangt werden könne, wie der, welcher, nachdem er eine Erbschaft verwaltet habe, nachher selbst Erbe zu seyn behaupte, d. h. er glaubt, daß hier die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest nicht im Wege stehe. Uebrigens wäre es wohl denkbar, daß ihn dazu die vorausgesetzte bona fides des Besitzers vermocht hätte, ein Fall, auf den wir jetzt übergehen.

Ganz anders verhält es sich nämlich, wenn der Be-

sitzer nicht bloß aus dem Grunde, weil die Sache durch den Tod des Herrn vacant geworden ist, sondern kraft einer rechtlichen universellen Uebertragung von ihm, d. h. weil er dessen Erbe geworden ist oder es aus gerechten Gründen geworden zu seyn glaubt, die Sache besitzen will; denn hier beruht die pro herede possessio nicht auf dem factischen Momente der Occupation der besitzlos gewordenen Sache, sondern auf einem höhern rechtlichen Momente der Rechtsübertragung, welches die factische Vacanz der Sache nicht zur nothwendigen Voraussetzung hat und sich als neue iusta causa possessionis dem bisherigen schlechtern Besitze mit überwindender Kraft unterzulegen vermag.

L. 33. §. 1. D. de usurp. (41., 3.) Iulianus lib. 44. Digestorum. — Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere, ut lucri faciendi causa inciperet possidere. idque per haec probari posse: si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere: nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. Idemque iuris erit, etiam si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. Idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius, si iustam causam habuerit existi-

mandi, se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, fundum pro herede possidebit: nec causam possessionis sibi mutare videbitur. Cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? et certe, si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius, vel bonorum possessorem esse, incipiet pro herede possidere.

Man sieht aus dem Gedankengange dieser Stelle deutlich, daß die ganze behandelte Frage nur für die pro herede usucapio practische Bedeutung hatte. Julian will zeigen, daß die für diese Usucapion aufgestellte Regel nemo sibi ipse etc. nur bei der lucrativa pro herede usucapio Anwendung finde. Um dieses zu bewerkstelligen, geht er von dem Falle aus, daß ein bisheriger pro possessore possidens den iustus titulus pro emptore erlangt; hier bezweifelt Niemand, daß dadurch der bisherige Titel pro possessore überwunden sey. Derselbe Fall, sagt er, kann nun auch bei der pro herede usucapio eintreten, und der bisherige m. f. emptor wird also mit diesem Titel usucapiren können, wenn er wirklich Erbe des Eigenthümers geworden ist oder geworden zu seyn glaubt. Noch um so viel mehr muß dieses von dem Pächter gelten, da dessen bloße Detention noch um so viel offenbarer von der entstandenen neuen iusta causa possessionis wirklich überwunden wird.

So besteht also zwischen der improba und proba pro herede usucapio der Unterschied, daß erstere unzulässig ist, wenn man schon vorher die Sache aus irgend einem Grunde besaß, letztere dagegen durch diesen Umstand nicht unmöglich gemacht wird. Im Uebrigen sind beide eine und dieselbe Art der usucapio, daher auch im letztern Falle die Usucapion stets in einem Jahre vollendet wurde.

3. Bona fides erfordert die pro herede usucapio nicht; denn sie ist nicht, wie die auf singulären Titeln beruhenden Usucapionen, gegen eine als berechtigt vorhandene und darum auch anzuerkennende lebendige Person, aus deren Vermögen man erwerben will, sondern gegen den Verstorbenen, der als solcher aufgehört hat, berechtigt zu seyn, und da der Besitzer als pro herede possidens eben dessen Stelle einnimmt, wesentlich gegen diesen selbst gerichtet. Allerdings hat die Usucapion die Folge, daß dem heres die Sache entzogen wird, aber da der Usucapient seinen Besitz als einen gerechten nicht von ihm ableitet, sondern, wie eben gezeigt, ihn vom Verstorbenen her in sich selbst als einen gerechten hat, so ist auch seine fides gegen den heres gleichgültig. Während also z. B. ein Kauf mit dem Bewußtseyn, daß die Sache einem Dritten gehöre, oder die wissentliche Schenkung zwischen Eheleuten u. s. w. gar keinen gerechten Besitzgrund giebt, sondern bloß zum Besitzer pro possessore macht[53]), schadet dem Titel pro herede die

53) L. 33. §. 1. D. de usurpat. (41., 3.) L. 13. §. 1. D.

Wissenschaft nicht, daß das Testament, nach welchem man Erbe seyn will, nichtig sey, ja, auch nicht die Wissenschaft, daß man ganz und gar keinen auch nur scheinbaren Grund für ein heredem esse hat und ganz entschieden ein anderer heres ist: wiewohl es sich von selbst versteht, daß die Meinung, man sey selbst Erbe oder bonorum possessor, den Titel auch nicht ausschließen würde, und daß insbesondere auch eine solche Person, der der Prätor zum Nachlaßbesitze hilft, d. h. der bonorum possessor, pro herede besitzt.

Gai. 2., 52. (s. oben) §. 56. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur; nam sciens quisque rem alienam lucrifacit.

L. 11. pr. D. de hered. petit. (5., 3.) Ulpianus lib. 15. ad Edictum. — Pro herede possidet, qui putat, se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur. et Arrianus lib. 2. de interdictis putat, teneri: quo iure nos et uti, Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. §. 1. Pro possessore vero possidet praedo,

L. 12. D. eod. Ulpianus lib. 67. ad Edi-

---

de hered. petit. (5., 3.). Dieses war die ältere Meinung; später sagte man jedoch richtiger, daß auch der m. f. emptor pro emptore besitze, nur nicht quoad usucapionem. L. 2. §. 1. D. pro emptore (Paulus). L. 13. §. 8. D. de hered. petit. (Ulpian).

ctum. — Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideat: nec contendet se heredem vel per mendacium,

L. 13. D. eod. Idem lib. 15. ad Edictum — Nec ullam causam possessionis possit dicere et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

Die letzten gewöhnlich mißverstandenen Worte bedürfen einiger Worte zur Erläuterung.

Wenn Jemand eine vom Erben noch nicht in Besitz genommene Erbschaftssache, wohl wissend, daß er nicht Erbe sey, an sich genommen hat, um sie zu usucapiren, so ist er zwar ein praedo nach gewöhnlichem Sprachgebrauche der Römischen Juristen, d. h. ein m. f. possessor, aber nicht ein solcher praedo, welcher pro possessore besitzt; denn wenn man ihn fragt, aus welchem Grunde er besitze, so wird er sagen, daß er Erbe sey, wiewohl er daran lügt, da er ja weiß, daß ein Anderer es ist. Einen solchen Besitzer meint also Ulpian auch mit den Worten fur et raptor nicht, wie denn auch in der That rei hereditariae furtum non fit. Vielmehr versteht er darunter solche Fälle, wo wirklich ein Diebstahl oder Raub geschehen ist, z. B. der Besitzer hat die Sache dem Erben, der sie schon besaß, oder einem dritten Besitzer weggenommen. Die gewöhnliche Ansicht, daß praedo und possessor pro possessore identisch seyen, ist also irrig. Vielmehr ist nur der possessor pro possessore immer zugleich praedo, wogegen der possessor pro herede theils praedo theils

auch b. f. possessor seyn kann, und überhaupt hat die Bezeichnung praedo mit dem Grunde des Besitzes bei der Erbschaftsklage an sich gar nichts zu thun. Was aber bei der pro herede possessio der Ausdruck praedo bezeichnet, dasselbe drückte man auch mit dem Adjectiv improba et lucrativa possessio aus, weil dieser Besitz in der That darauf ausging, ohne von Rechtswegen zum Nachfolger des Verstorbenen berufen zu seyn, wissentlich und gegen den den berufenen Nachfolger einen Gewinn zu machen.

Ueber den Grund der Zulassung dieses Besitzes sagt

> Gai. 2., 55. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et creditores haberent, a quo suum consequerentur.

Ich habe schon anderwärts bemerkt[54]), daß dieser Grund schwerlich der ursprüngliche war. Dieser lag vielmehr in der oben entwickelten Natur der pro herede possessio et usucapio selbst; auch kam diese anfangs gewiß nicht in gewinnsüchtiger Absicht vor, sondern ihre ursprüngliche Veranlassung war die, daß, wenn der heres selbst aus irgend einem Grunde — vorzüglich wohl aus Furcht, zu viele sacra und Schulden vorzufinden — mit der Antretung säumte oder auch

---

54) Krit. Jahrb. für deutsche R.-W. Bd. 3. S. 12.

verhindert war, der Erbschaft sich wirklich anzunehmen, eine andere dem Verstorbenen nahe stehende Person sie aus Interesse für ihn in Besitz nahm, um sein Heil und seine Ehre bei Göttern und Menschen zu retten, d. h. die sacra zu besorgen und die Schulden abzutragen, dann aber auch das Uebrige zu usucapiren. So dachte man sich also zuerst diese Usucapion als ein von dem Usucapienten vertretenes Recht des Verstorbenen gegen den um seine Ehre zu wenig bekümmerten Erben. In der Folge freilich lockte der mit ihr verbundene Gewinn die Habgier; das Interesse derselben senkte sich aus der Person des Verstorbenen zugleich in die des Usucapienten herab und sie wurde nun oft eine improba et lucrativa possessio, dermaßen, daß der Prätor durch die von ihm ertheilte bonorum possessio zu Hülfe kommen mußte, um ganz fremde Personen möglichst von ihr auszuschließen und ihr den Charakter einer Universalerbfolge zu erhalten. Von dieser Zeit gilt nun, was Gaius sagt; denn wenn auch den Besitzer pro herede zunächst und überwiegend unlautere Motive bestimmten, so blieb diese Usucapion selbst doch objectiv immer noch durch das Interesse gerechtfertigt, daß sie dem Erblasser eine schleunigere Erbfolge zu Wege brachte, anfangs noch so, daß man den Usucapienten des größern Theils der Erbschaft selbst neben dem heres zu den Opfern verpflichtet erkannte[55]); später — seit An-

55) Zu den Opfern, nicht auch zu den Schulden, die man, obgleich auch jene eigentlich Schulden an die Götter sind, einander doch nicht gleichstellen darf. Schulden an den Staat oder

fang der dritten Periode — so, daß durch sie, die nun bloß noch einzelne Sachen der Erbschaft entzog und sich damit im Interesse des Usucapienten gegen die familia defuncti et heredis zugleich richtete, der heres veranlaßt wurde, zeitiger anzutreten, um nicht des vortheilhaften Inhalts der Erbschaft verlustig zu gehen. Auch kam sie ja nur in der Regel bei dem prätorischen b. possessor vor und erhielt durch diese obrigkeitliche Unterstützung selbst eine neue Folie. Allein ihre improbitas mußte eben durch die b. p. für solche Fälle erhöht werden, wo ein Anderer als der b. possessor pro herede usucapirte, und überhaupt für die pro herede usucapio als solche. Um diese Zeit nämlich erhob sich allmählig das prätorische Recht zu materiell gleichem An-

---

an die Götter — beide haben wesentlich dasselbe Recht — unterscheiden sich nämlich von den gewöhnlichen Privatschulden (d. h. mit Ausnahme des nexum) dadurch, daß sie zugleich (mit einer Art von Pfandrecht) das Vermögen des Schuldners ergreifen, was bei Privatobligationen erst dann geschieht, wenn sie durch das Judicat (dem aber später der Prätor auch andere causae missionum in bona gleichstellte) zu publicistischen Schulden erhoben werden. So sind die Güter des praes zugleich bona praedia, die Güter des zu sacra oder durch votum Verpflichteten ebenso den Göttern obligirt. Hieraus allein erklärt sich, wie die sacra — selbst noch in der dritten Periode — auch auf Singularerwerber aus dem verpflichteten Vermögen übergehen konnten, was auch bei Schulden an den Staat galt, wogegen Privatschulden nur die Person des reus und folglich auch nur seinen Universalsuccessor ergriffen, was später auch auf Privatforderungen aus dem Judicat übertragen wurde. Der Prätor half aber den Gläubigern eines verstorbenen Schuldners nun dadurch, daß er ihnen theils auch gegen den b. possessor utiles actiones gab, theils, wenn weder ein prätorischer noch ein Civilerbe vorhanden war, sie rei servandae causa in bona immittirte.

sehen mit dem Civilrecht: die b. p. bildete immer mehr ein die hereditas ergänzendes und billig modificirendes prätorisches System der Erbfolge, der b. possessor erhielt nun nicht erst durch die Usucapion das Eigenthum aller körperlichen Sachen, sondern schon vermöge der datio b. possessionis in allen Vermögensverhältnissen utiles actiones für und gegen sich und wurde selbst in manchen Fällen auch ohne Usucapion gegen den heres geschützt. So gingen immer mehr die guten Kräfte der pro herede possessio ausschliesslich in die prätorische b. p. über, in welcher sie nicht erst als Usucapion, sondern schon nach ihrem Anfange als data b. p. wirkten[56]), und während diese ursprünglich nur zur Unterstützung und Regelung der possessio et usucapio pro herede gegen den heres gemeint gewesen war, trat sie nun mit der hereditas zusammen zur improba et lucrativa pro herede usucapio in Gegensatz, indem man von dem, wel-

---

56) Zur richtigen Würdigung der Geschichte der pro herede usucapio und der b. p. in ihrem Verhältnisse zu einander kann nicht genug hervorgehoben werden, daß von den beiden Momenten, welche in der ursprünglichen Besitznahme des Nachlasses pro herede vereint lagen: Erwerb der einzelnen Sachen und Erwerb der Erbfolge, seit der Zeit, daß der Prätor sich dieses Instituts annahm, die erstere vorzugsweise der pro herede usucapio, die letztere vorzugsweise der b. p. anheimfiel, und daß eben damit die b. p. immer mehr schon durch die datio wirksam werden mußte; denn es liegt in der Natur der Erbfolge, daß bei ihr der Anfang und die Willensbestimmung, Nachfolger per universitatem zu werden, das Bestimmende ist, weil heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur L. 54. D. de acquir. hered. (29., 2.) L. 138. pr. L. 193. D. de reg. iur. (50., 17.).

cher auctore praetore besaß, so wenig wie vom heres selbst sagen konnte, daß er improbe besitze, eine eigenmächtige Besitznahme und Usucapion aber ebenso gegen den b. possessor wie gegen den heres als eine tadelnswerthe, gewinnsüchtige Verminderung des Nachlasses erscheinen mußte, zumal da für das Interesse des Verstorbenen und des Rechtszustandes überhaupt, welches ehemals die pro herede usucapio gerechtfertigt hatte, daß bald ein Erbfolger einträte, jetzt auf andere Weise, nämlich durch cretio, tempus deliberandi und die Fristen der b. p. hinreichend gesorgt war. Nur das ließ sich auch jetzt noch und bis in den Anfang der Kaiserzeit für die pro herede usucapio anführen, daß sie theils in den meisten Fällen für den b. possessor eintrat, theils immer noch den Erben mahnte, nicht bloß die Erbschaft bald anzutreten, sondern auch die Erbschaftssachen bald einzuklagen, was ja für den Verstorbenen und dessen Gläubiger auch nicht ohne Interesse war. Doch alles dieses sind zum Theil Nützlichkeits-Momente, welche den Gesetzgeber zur Beibehaltung dieses tadelnswerthen Erwerbs bestimmen konnten. Was aber objectiv der pro herede usucapio unter allen diesen Entwickelungen stets ihre Freiheit von dem Erforderniß der bona fides erhielt, war die Eigenthümlichkeit derselben, daß man durch sie nicht eigentlich aus einem fremden Vermögen, sondern als Repräsentant des Verstorbenen eine vacante Sache erwarb, nicht zu einer dritten anzuerkennenden Person, sondern vermöge der Einheit mit dem Verstorbenen nur zu sich selbst in ei-

nem Verhältniß stand: und dieses hat Gaius nicht, wie sich's gebührte, hervorgehoben.

Es ist wohl nicht unpassend, zu bemerken, daß der Einfluß dieses verschiedenen Rechts der Universal- und Singularsuccession auf die fides auch sonst im Römischen Rechte anerkannt ist. Dem Singularvermächtnißnehmer prästirt der Erbe bekanntlich den vollen Umfang des Verschuldens; dem aber, welchem eine Erbschaft als Fideicommiß herauszugeben ist, — obgleich er davon ebenfalls den Vortheil der Quart genießt — doch nur dolus und culpa lata [57]), offenbar auch deßhalb, weil der Fiduciar hinsichtlich der Erbschaft eigentlich nur zu sich selbst in einem Verhältniß steht, so daß er gar keine fides zu prästiren haben würde, wenn hier nicht eben ein fideicommissum vorläge, wirklich aber alles Erforderniß der b. f. wegfällt, wenn man sich ein Verhältniß ohne Obligation denkt, wie es die Usucapion ist.

Die verschiedenen Fälle, in denen die pro herede usucapio nicht improba et lucrativa war, sind nun nach dem Obigen folgende: 1) wenn Jemand aus gerechten Gründen heres zu seyn glaubt (L. 33. §. 1. D. de usurp. L. 11. pr. D. de hered. petit.); 2) wenn er die b. p. erworben hat, gleichviel, ob sie cum re oder sine re ist (Gai. 3., 80. L. 33. cit. L. 11. cit.); 3) wenn er aus gerechten Gründen glaubt, b.

57) L. 22. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36., 1.). Vgl. L. 57. §. 6. D. eod. L. 77. §. 17. D. de leg. 2. (31.).

possessor geworden zu seyn (L. 33. cit.). Außer diesen Fällen ist die pro herede possessio improba.

4. Der Besitz muß, wie gewöhnlich, auf Grund des ursprünglichen Titels animo dominii angefangen haben und fortgesetzt worden seyn. Läßt sich also der Besitzer später den Besitz precario zugestehen, z. B. vom Erben, so kann die Usucapion nicht vollendet werden.

L. 6. pr. D. pro emptore (41., 4.) Pomponius lib. 32. ad Sabinum. — Qui cum pro herede vel pro emptore usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest. Quid porro inter eas res inter est, cum utrobique desinat ex prima causa possidere, qui precario vult habere?

Auch die natürliche Unterbrechung des Besitzes vernichtet ebensowohl die pro herede (ex lucrativa causa) wie jede auf einem singulären Titel beruhende (pro suo) usucapio.

L. 5. D. de usurp. (41., 3.) Gaius lib. 21. ad Edictum provinciale. — Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur, vel alicui res eripitur. quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes. Nec eo casu quicquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit, necne. Ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa.

Man kann hier mit Cuiacius (ad h. l.), Unter-

Holzner (Verj.-Lehre Bd. 1. S. 463.) und Andern unter dem quisque den Usurpanten verstehen, so daß die Besitznahme ex lucrativa causa sich auf Diebe oder gewaltsame Vertreiber, die pro suo auf Käufer und andere iusti possessores bezöge. Denn abgesehen davon, daß der erstere Ausdruck in der Usucapionsmaterie herkömmlich von der m. f. possessio et usucapio gebraucht wird (Gai. 2., 56. 60. L. 33. §. 1. D. de usurp.), so liegt es schon im Begriff der naturalis usurpatio, wie sie Gaius so eben definirt hat, daß die pro suo possessio, z. B. aus Kauf, Schenkung u. s. w., nicht auch als eine Art von usurpatio gedacht werden kann. Richtig verstand schon Donellus (Comm. i. c. 5., 21. §. 21.) unter dem quisque den Usucapienten, dem der Besitz entzogen wird. Aber freilich bezog er vor der Auffindung des Gaius noch irrig die pro suo possessio auf eine possessio ex causa onerosa — welche Beschränkung sonst nirgends vorkommt — und die ex causa lucrativa auf Besitz durch Schenkung, Legat oder pro herede (wozu ihn dieser Sinn des Ausdrucks in L. un. C. de usuc. transf. 7., 31. bestimmen konnte). Nachdem wir aus Gaius 2., 56. wissen, daß das Charakteristische der lucrativa (pro herede oder fiduciae) possessio et usucapio darin bestand, daß sciens quisque rem alienam lucrifacit, erscheint es als ein völlig passender Ausdruck, im Gegensatz zu ihr alle redliche Usucapion, mag sie aus Schenkung oder Kauf herrühren, eine pro

suo possessio et usucapio zu nennen; denn der redliche Besitzer besitzt die Sache als die seinige [58]).

Warum hebt nun aber Gaius diesen Gegensatz in unserer Stelle hervor? Schon anderwärts habe ich gezeigt, daß er in der ganzen Stelle die natürliche Besitzesunterbrechung der civilis usurpatio des alten Rechts entgegenstellen und das verschiedene Recht beider bemerklich machen will. Wenn er also sagt, daß bei der naturalis kein Unterschied sey, ob der Usucapient pro suo oder ex causa lucrativa besaß, so folgt, daß bei der

---

58) L. 1. pr. D. pro suo (41., 10.) Ulpian: Pro suo possessio talis est, cum dominium nobis acquiri putamus et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur et praeterea pro suo. ut puta ex causa emptionis et pro emptore et pro suo possideo: item donata vel legata vel pro donato vel pro legato etiam pro suo possideo. Ulpian wird dann noch hinzugefügt haben, daß, wer pro herede besitze, nicht zugleich pro suo besitze; denn dieser besitzt zwar (nach der Begriffsbestimmung zu Anfang der Stelle) ex ea causa, ex qua acquiritur, aber nicht auch pro suo, sondern sciens alienum. Vgl. ähnliche bestimmte Hinweisungen auf das Erforderniß der b. f. für den Titel pro suo in L. 3. L. 4. pr. fin. L. 5. D. eod. Die pro suo possessio et usucapio hat also zwei Gegensätze: 1. auf dem Gebiet der usucapio selbst die lucrativa possessio pro herede oder fiduciae; 2. auf dem Gebiet des Besitzes überhaupt jeden Besitz mit dem Bewußtseyn, daß die Sache ungeachtet des Besitzerwerbs fremd sey (entweder weil gar kein oder ein dem Recht nicht entsprechender Eigenthumserwerbstitel zum Grunde liegt). Dieser Besitz heißt pro possessore. L. 11... 13. pr. §. 1. D. de petit. hered. (5., 2.). L. 33. §. 1. D. de usurp. (41., 3.). Doch hat auch eine solche pro suo possessio, die auf einem nicht entschuldbaren Irrthum beruht, das Recht der bloßen pro possessore possessio. — In den neuern Darstellungen kennt man immer nur den zweiten Gegensatz, der pro suo possessio, der gewiß weder der ursprünglichere noch der häufigere ist.

civilis ein Unterschied zwischen beiden gegolten haben muß. Und dieses läßt sich auch schon nach der Natur derselben vermuthen. Die civilis usurpatio bestand in einer symbolischen Ausübung des Rechts, dessen Verlust durch die Usucapion des dritten Besitzers der Eigenthümer verhüten wollte. Natürlich mußte diese eine andere gegen den pro herede, eine andere gegen den pro suo possessor seyn, da man gegen jenen die hereditas, gegen diesen das Eigenthum geltend zu machen hatte. Jedenfalls bestand sie nun dort nicht nothwendig, wie hier, in einer symbolischen Besitzhandlung am Grundstück; denn auch bei der gerichtlichen Geltendmachung der hereditas konnte irgend eine Sache derselben ohne Rücksicht darauf, welche der Beklagte besaß, in ius gebracht und an ihr vindicirt werden (Gai. 4., 17.). Allein wahrscheinlich galt die usurpatio dort auch überhaupt nicht, weil man zur Zeit, wo die usurpatio aufkam, den Erben vielmehr zur Einklagung der Erbschaft und zur Abtragung der sacra nöthigen, als ihm eine leere Verhinderung der Usucapion gestatten wollte. Zum wenigsten deutet die Stellung des Schlußsatzes bei Gaius im Verhältniß zum vorangehenden an, daß die civilis usurpatio ebenso (nach Satz 2.) gegen einen ex lucrativa causa possessor wie (nach Satz 1.) von Seiten eines Nichteigenthümers unwirksam gewesen sey.

Daß nun die natürliche Besitzunterbrechung auch die pro herede usucapio aufhebt, versteht sich von selbst.

Die Wirkung der pro herede usucapio war die gewöhnliche: Erwerb des Eigenthums unbeschadet der

an der Sache zustehenden iura in re aliena, z. B. eines Pfandrechts (L. 2. pr. D. h. t.), so daß nur die hereditas und der heres, b. possessor oder Fiscus durch sie einen Schaden litten.

Dieser Schaden mußte als ein völlig unbilliger erscheinen, seitdem alle materiell gerechte Bedeutung der factischen Succession in den Nachlaß aus der pro herede possessio in die b. p. übergegangen war, was um die Zeit geschah, als man die b. p. nicht mehr als eine Regulirung des eigenmächtigen bona possidere et usucapere, sondern bei weitem überwiegend als ein prätorisches, der hereditas in billigen Fällen selbst derogirendes Erbrecht auffaßte. Dieses geschah aber seit Anfang der mittlern Kaiserperiode, wie man besonders daraus abnehmen kann, daß um jene Zeit auch abgesehen von dem Kindesverhältnisse (b. p. c. t. und unde liberi) die b. p. in allen billigen Fällen cum re wurde[59]). Um dieselbe Zeit war auch die alte schon längst erschütterte sacrorum observatio, wie sie sich an die civilrechtliche familia knüpfte, so gut wie erloschen. Es ist daher der innern Entwickelungsgeschichte des Römischen Erbrechts ganz angemessen, daß Hadrian es war, welcher die pro herede usucapio dem heres und b. possessor gegenüber für unwirksam erklärte:

> Gai. 2., 57. Sed hoc tempore etiam non est lucrativa, nam ex auctoritate divi Ha-

59) Gai. 2., 120. Collat. 16., 3. init. Auch behandelt Gai. 3., 25 seqq. die b. p. sine re offenbar schon als Ausnahme.

driani [60]) senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

Hierbei entstehen mehrere Fragen. Erstens: in welchem Umfange wurde die pro herede usucapio für wirkungslos erklärt? was wieder nach zwei Seiten hin zu erörtern ist, hinsichtlich der zur Erbschaft Berechtigten und hinsichtlich der Usucapienten. Was die erstern betrifft, so lautet die Bestimmung des Senatusconsults, wie sie Gaius referirt, so allgemein, daß angenommen werden muß, die pro herede usucapio sollte Niemandem mehr, der irgend ein Recht auf die Erbschaft hatte, die Sache entziehen. Für den heres sagt dieses auch Gaius selbst; für den b. possessor ersehen wir dasselbe aus einer Pandektenstelle (L. 1. pr. D. Quorum bon. 43., 2.) und ebenso ist es ohne Zweifel auch für den Fiscus und andere Erwerber der Erbschaft, so wie für die Creditoren und den b. emptor zu behaupten. Wie nun diese Bestimmung der damaligen Entwickelung des Rechts vollkommen entsprach, so war es doch auch weise, daß man die usucapio pro herede nicht schlechthin aufhob, sondern ihr nur im Interesse besser Berechtigter ihre

60) Die Ausgaben haben das divi nicht. Da aber in der Handschrift hauctoritatem steht und Gaius in zwanzig andern Stellen den Kaiser Hadrian immer divus nennt, während nur in einer, noch dazu kritisch verdächtigen (1., 47.) dieses Epitheton fehlt, so ist es gewiß sicherer, aus dem m ein d zu machen, als es zu streichen.

Wirkung entzog. Klagten diese nicht, so behielt die Usucapion nach Gebühr ihre Kraft, wie immer das formelle Recht, wenn ihm das materielle nicht entgegentritt.

Auf Seiten des Usucapienten hat man viel darüber gestritten, ob Hadrian bloß die lucrativa oder alle usucapio pro herede habe revocirt wissen wollen [61]): eine Streitfrage, welche für das ältere Recht den b. possessor und den putativen Erben, für das Justinianische nur noch den letzteren betreffen würde. Der Ausdruck des Gaius scheint der erstern Ansicht günstiger, indem er voranstellt, daß die pro herede usucapio aufgehört habe lucrativ zu seyn [62]), und dann von der Revocation solcher Usucapionen redet. Doch ist zu bemerken, erstens: daß er in seinem kurzen Compendium überhaupt nur von der pro herede usucapio in ihrer alten regelmäßigen Eigenschaft als lucrativa spricht, daher es ein sehr bedenkliches argumentum a

---

61) Vgl. über diese Controverse v. Vangerow Leitf. zu Pandektenvorl. Bd. 1. §. 320. S. 523.

62) Lachmann versteht die Worte hoc tempore etiam non est lucrativa so, als sollte damit gesagt seyn: sie sey jetzt mitunter (wenn nämlich der Erbe klagt) auch nicht lucrativ. Aber dann müßte es heißen etiam est non lucrativa. Auch zeigt das Folgende, daß Gaius schlechthin sagen wollte, sie habe ihre lucrative Eigenschaft überhaupt verloren, weil er schlechthin von ihrer Revocation spricht. Will man also nicht statt etiam iam lesen, so muß man die Stelle so verstehen: Heute ist sie aber auch in der That nicht lucrativ. Auch — in Erinnerung an den schon in § 55. ausgesprochenen Tadel ihrer Unrechtmäßigkeit, die nur in früheren Zeiten durch eine größere utilitas publica überwunden worden sey.

contrario wäre, daraus, daß er von dieser bemerkt, ihre Wirksamkeit gegen den Erben sey aufgehoben, zu schließen, sie habe ihre Kraft in den Fällen, wo sie nicht lucrativ ist, behalten, besonders da der Fall des b. possessor unter dem Ausdruck des Gaius 2., 56. nam sciens quisque rem alienam lucrifacit eigentlich mit begriffen ist; zweitens besteht aber auch das non est lucrativa offenbar nicht in dem Sinne von scientem rem lucrifacere, sondern in dem allgemeineren von lucrifacere, da Gaius hier offenbar sagen will, daß man nicht mehr wirklich den Gewinn der Sache mache, und so gefaßt verliert das spätere tales usucapiones seine ausschließliche Beziehung auf improbae pro herede usucapiones. Dagegen sprechen alle übrigen Gründe entschieden für eine allgemeine Revocation aller pro herede usucapiones. Was zunächst den b. possessor betrifft, so war doch offenbar zwischen einem b. possessor sine re und einem eigenmächtigen Besitzer der Sache dem heres gegenüber materiell gar kein Unterschied, und doch haben wir wieder keinen Grund, dem b. possessor sine re eine lucrativa pro herede usucapio zuzuschreiben. Ueberhaupt aber hatte nach der obigen geschichtlichen Darstellung nicht bloß die lucrativa pro herede usucapio, sondern die pro herede usucapio als solche ihren innern Gehalt verloren. Denn nachdem die materielle Gerechtigkeit der factischen Succession völlig auf die b. p. übergegangen und damit festgestellt war, daß man auch auf factischem Wege nur noch durch Berufung zur Erbfolge ein materielles Recht

an den Erbschaftssachen erhalten könne, konnte der Besitz pro herede nicht sowohl, weil er lucrativ, als weil er als solcher auf die universitas gerichtet war, keinen gerechten Titel zum Erwerbe der Sache den civilen oder prätorischen Erben gegenüber mehr abgeben, und dieses mußte selbst für den b. possessor gelten, indem auch in seinem Verhältniß zum heres bloß noch die Eigenschaft seiner b. p., ob sie cum re oder sine re war, nicht aber die schon oder noch nicht erfüllte Usucapion entscheiden konnte.[63]) Demnach nöthigte den putativen Erben dieselbe Billigkeit, ebensowohl die schon usucapirten wie die noch nicht usucapirten oder der Usucapion gar nicht fähigen Sachen, d. h. alle res et iura pro herede possessa herauszugeben. Auch steht damit das S.C. unter Hadrian, welches die Leistungen des Besitzers in der hereditatis petitio bestimmte, so wie die erhaltene Formel des interdictum Quorum bonorum in Uebereinstimmung. Jenes macht zwischen dem b. und m. f. possessor insofern keinen Unterschied, als es auch dem ersteren alle Bereicherung, die er von seinem Erbschaftsbesitze hat, entzieht[64]), und vermuthlich war das von Gaius erwähnte S.C. doch nur eine Ergänzung des aus den Pandekten bekannten, wenn es nicht gar einen Theil desselben bildete. Die letztere lautet (L. 1.

---

63) Dieses wird besonders klar, wenn man bedenkt, daß im Falle einer b. p. cum re auch dem besitzenden heres, wiewohl er Eigenthümer war, die Erbschaftssachen abgenommen werden konnten.

64) L. 20. §. 6. L. 22. L. 28. D. de hered. petit. (5., 3.).

pr. D. Quor. bonor. 43., 2.) an der betreffenden Stelle so: quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti uti desineres possidere, id illi restituas; sie unterscheidet also nicht, ob der Usucapient ein putativer Erbe war oder nicht, sondern befiehlt alles pro herede Usucapirte eben so zu restituiren, als wenn es nicht usucapirt wäre.[65]) Savigny's Erklärung, zu possideresve bloß pro possessore zu verstehen, ist nicht bloß aus sprachlichen, sondern auch aus juristischen Gründen unzulässig, weil, wie oben gezeigt, der, welcher

---

65) Nicht unerwähnt bleiben darf die neueste ganz abweichende Erklärung der Worte possideresve, si nihil usucaptum esset von Buchholtz Krit. Jahrb. f. deutsche R.-W. Bd. 6. S. 1075. Er bezieht sie nicht auf die pro herede usucapio, sondern auf die Usucapion dessen, was der b. f. possessor vom Erbschaftsbesitzer gekauft hat (L. 20. fin. L. 21. D. de hered. petit.), und findet darin einen noch practischen Unterschied zwischen der hereditatis petitio und dem interd. Quorum bonorum, daß mit jener nur vom m. f. possessor, mit diesem auch vom b. f. possessor die Sache selbst, welche er veräußert und usucapiren lassen, hätte eingeklagt werden können. Ein aus der Natur beider Klagen gewiß schwer zu erklärender und in den Worten gar nicht bestimmt indicirter Unterschied. Aber jene Worte können diese Bedeutung auch gar nicht haben. Sie beziehen sich offensichtlich auf Sachen, welche der Beklagte von selbst besitzt, da von dem desinere possidere erst unmittelbar nachher die Rede ist. Und würde denn der Beklagte, der schon durch die Veräußerung aufgehört hat zu besitzen, noch pro herede besitzen, wenn der Käufer nur nicht usucapirt hätte? Auch wäre nicht zu begreifen, warum die Worte des S.C.s res deperditae deminutaeve (L. 20. §. 6. eod.) nicht beibehalten und nur der letztere Fall in dem Interdict erwähnt worden wäre.

auf diese Weise wissentlich usucapirt, niemals pro possessore, sondern auch stets pro herede usucapirt und pro possessore überhaupt kein Usucapionstitel ist. — Einige Stellen des Codex, auf welche man sich zum Beweise der entgegengesetzten Ansicht berufen hat, liegen offenbar ganz außerhalb der Streitfrage. [66])

Eine zweite Frage betrifft die Form, in der die Revocation der pro herede usucapio geltend gemacht wurde. Hier mußte wohl in der condemnatio zu dem nisi restituat, quod ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet, hinzugefügt werden possideretve, si nihil usucaptum esset. Derselbe Zusatz wurde, wie die vorhin angeführte Stelle zeigt, auch zu dem interd. Quorum bonorum gemacht. Wie aber, wenn

---

66) In L. 2. C. Quor. bonor. (8., 2.) sollen die Worte si negotium integrum est heißen: wenn die Sachen noch nicht usucapirt sind. Wäre diese Deutung auch nicht ganz willkührlich, denn es liegt viel näher, an eine Beziehung auf Vergleich oder richterliches Urtheil zu denken, so würde doch ebensowohl die lucrativa als die non lucrativa pro herede usucapio verstanden werden müssen. Noch viel weniger gehört hieher L. 3. C. de edicto D. Hadr. toll. (6., 33.). Justinian schreibt hier vor, daß das Rechtsmittel aus dem Hadrianischen Edict nicht mehr innerhalb eines Jahres, auch nicht durch maiores aevi curricula — d. h. damals (im März 531, da die Verlängerung der Usucapionszeit auf drei Jahre erst im November desselben Jahres erfolgte L. un. C. de transform. usuc. 7., 31.) durch die longi temporis praescriptio — sondern nur durch tantum temporis, quod possit vel possessori plenissime securitatem super dominio praestare, vel ipsi qui missus est, omnem intentionem excludere, ausgeschlossen werden solle. Offenbar ist damit nach diesem Zusammenhange die praescriptio XXX vel XL annorum gemeint.

der Besitzer nach der Usucapion veräußert hatte? Ohne Zweifel übertrug er Eigenthum oder das sonstige Recht, welches er an der Sache bestellte. Aber konnte nun auch der dritte Besitzer vom Erben in Anspruch genommen werden? Wir glauben nicht. Denn pro herede besaß er nicht, da er seinen Besitz auf einen singulären Grund stützte; aber auch nicht pro possessore, da er Eigenthümer war und ihm das nicht zum Vorwurf gereichen konnte, daß er wußte, der Veräußerer würde im Falle der Belangung zur Zeit seines Besitzes auch zur Herausgabe dieses erworbenen Eigenthums verurtheilt worden seyn; denn das war bloß ein obligatorisches Verhältniß desselben zum Kläger, welches seine Veräußerungsbefugniß nicht hinderte. Noch weniger ließ sich eine utilis rei vindicatio rescissa usucapione gegen ihn denken, da die Rescission der usucapio pro herede nur das Erbschafsrecht, nicht das Eigenthum an der Sache als solches wiederherstellte. Es blieb also dem Erben nur übrig, den Usucapienten mit der hereditatis petitio zu belangen. Doch auch hier tritt das Bedenken entgegen, daß letzterer weder eine res hereditaria besaß, selbst wenn die Usucapion rescindirt gedacht wurde, noch auch dolo aufgehört hatte, zu besitzen. Allein dem Sinne des S.C.s war es entsprechend, ihn ebenso zu behandeln, als wenn er niemals usucapirt gehabt hätte, und so mußte er, wenn er b. f. possessor war, die Bereicherung, wenn er praedo war, die Sache selbst oder deren Aestimation und zwar, wenn sie noch existirte,

nach dem iuramentum in litem des Klägers herausgeben.[67])

In dieser Fähigkeit des Usucapienten, an der usurpirten Sache alle Eigenthumsrechte auszuüben, sie zu vindiciren und unwiderruflich zu veräußern, lag nun die practische Bedeutung, welche die pro herede usucapio auch nach dem Hadrianischen S.C. behielt, und in ihr hat sie ohne Zweifel bis auf Justinian fortgedauert. Die Einführung des crimen extraordinarium expilatae hereditatis durch Marc Aurel konnte die lucrativa pro herede usucapio um so weniger abschaffen[68]), als nach ihr zwischen der hereditatis petitio und dem crimen die freie Wahl blieb[69]) und die außerordentlichen criminellen Folgen einer Handlung mit den civilrechtlichen Wirkungen nichts gemein haben.

In Justinians Rechtsbüchern ist diese Materie äußerst nachlässig behandelt. Hätten wir Gaius Institutionen früher gekannt, so würden gewiß zwei Fragen sehr bestritten seyn: ob auch im Justinianischen Rechte noch die lucrativa pro herede usucapio gelte und ob Grundstücke pro herede nicht schon in drei Jahren usucapirt werden. Für das erstere lassen sich in der That sehr stattliche Gründe anführen. Es wird ausdrücklich gesagt, daß auch der wissentliche Besitzer einer Erbschaftssache pro herede besitze (L. 11. pr. D. de hered.

---

67) L. 20. §. 21. D. de hered. petit. (5., 3.).

68) Wie Arndts Rhein. Museum Bd. 2. S. 133. annimmt.

69) L. 3. D. Expil. hered. (47., 19.).

pet.), wir finden den pro herede possessor auch in der Usucapionsmaterie mit dem m. f. possessor ex titulo singulari zusammengestellt (L. 4. §. 23. 24. D. de usurp.), es ist von der Regel nemo sibi causam etc. in Anwendung auf die lucrativa und non lucrativa pro herede possessio die Rede (L. 33. §. 1. D. de usurp.), die L. 2. §. 1. D. h. t. steht selbst ganz müßig, wenn man nicht die Fortdauer einer lucrativa pro herede usucapio annimmt. Andererseits wird nirgends bemerkt, daß zur pro herede usucapio bona fides erforderlich sey. Ebenso läßt sich für den zweiten Satz anführen, daß Justinian in L. un. C. de usuc. transform. (7., 31.) an die Stelle des alten annus usucapionis drei Jahre gesetzt habe. Allein es wäre ein unverantwortlicher Gebrauch von neu entdeckten Quellen der Rechtsgeschichte, wenn man die neuen Beziehungen, in welche dadurch Justinians Rechtsbücher zu dem älteren Römischen Rechte traten, dazu benutzen wollte, seit vielen Jahrhunderten unbestritten feststehende Rechtssätze wankend zu machen. Auch legt der Umstand, daß vor Auffindung des Gaius Niemand auf den Gedanken gekommen ist, pro herede könne auch mala fide und ein Grundstück in drei Jahren ersessen werden, ein starkes Zeugniß dafür ab, daß der ganze Geist der Usucapionslehre, wie sie in Justinians Rechtsbüchern, insbesondere in den allgemeinen Stellen (pr. I. de usucap. (2., 6.) und L. un. C. de usuc. transform. 7., 31.) dargestellt ist, das Gegentheil mit sich bringe. — Für Justinians Zeit dagegen muß man ein zuver-

sichtliches Vertrauen des Kaisers auf die Ignorirung aller früheren Rechtsquellen bei seinen Unterthanen voraussetzen, wenn er das bloße, oft zweideutige und nicht einmal consequent durchgeführte Schweigen über die früheren Eigenthümlichkeiten des Titels pro herede für genügend ansah, um die Zweifel zu unterdrücken, welche wegen deren Fortdauer hätten entstehen können. Auch liegt darin ein Mangel an Consequenz, daß er bei der hereditatis petitio die Rescission der pro herede usucapio völlig unberücksichtigt gelassen hat, was in Verbindung mit dem Sinne, in welchem er vielleicht L. 1. C. h. t. verstanden wissen wollte[70]), auf die Ansicht führt, diese Usucapion solle der Erbschaftsklage gegenüber ipso iure nicht mehr gelten, wogegen sie in den spätern Theilen der Pandekten als ein gültiger Erwerb, der in dem interd. Quorum bonorum nur rescindirt wird, erscheint. Andere Stellen, welche man wohl als im Zusammenhange des Justinianischen Rechts ungeeignet oder einfältig bezeichnet hat[71]), namentlich L. 29. D. de usurp. (daß der Erbe den Besitz der Sache noch nicht inne gehabt haben darf) und L. 2. C. h. t. (von der Unzulässigkeit der pro herede usucapio gegen sui heredes), verdienen diesen Tadel keineswegs, wenn man überhaupt zugesteht, daß es im Justinianischen Recht noch eine pro herede usucapio gebe.

---

70) Es ist dabei nicht außer Acht zu lassen, daß der Codextitel nur negative Stellen über die pro herede usucapio enthält.

71) Arndts a. a. O. S. 148.

Für die longi temporis possessio et praescriptio hat der Titel pro herede nie gegolten, oder mit andern Worten: der hereditatis petitio konnte niemals die praescriptio longi temporis entgegengesetzt werden.

L. 4. C. Quib. casib. cessat l. t. praescr. (7., 34.) Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC, Libroae. — Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest: verum his, qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro empto vel donato seu alio titulo res, quae ex hereditate sunt vel fuerunt [72]), possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil haec iuris definitio nocet.

L. 7. C. de petit. hered. (3., 31.) Iidem AA. et CC. Restitutae. — Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est: cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse, manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa est.

72) Dieses fuerunt geht auf Sachen, welche vom Besitzer veräußert und entweder schon von ihm selbst pro herede, oder vom Erwerber pro emptore oder pro donato u. s. w. usucapirt sind, wenn dieselben wegen eines ususfructus oder Pfandrechts mit einer in rem actio in Anspruch genommen werden: wogegen bei denen, quae ex hereditate sunt, auch an die rei vindicatio des Erben gedacht ist.

Der Grund dieses Satzes wird in der zweiten Stelle von den Kaisern selbst angegeben: cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. Um ihn aber zu verstehen, ist Folgendes voraus zu bemerken: Die l. t. praescriptio ist nicht, wie die Usucapion, ein Eigenthumserwerb, sondern eine Einrede gegen eine in rem actio. Sie beruht zwar insofern auf derselben Idee, wie die Usucapion, daß auch sie einen factischen Zustand wegen seiner langen Dauer bekräftigen will; aber während dieses die Usucapion von innen aus, d. h. dem Rechte selbst nach thut, indem sie das Eigenthum von dem bisherigen Eigenthümer auf den Besitzer überträgt, geht die l. t. praescriptio von dem Aeußeren, dem Besitze und obrigkeitlichen Schutz im Genusse der Sache aus, indem sie den Besitzer gegen Jeden vertheidigt, der ihm vermöge eines Rechts an der Sache den Besitz durch Klage abstreiten will. Daraus geht die erste Verschiedenheit beider Institute hervor, daß die Usucapion bloß mit der Proprietät, als dem Recht an dem innern Selbst der Sache, zu thun hat und theils Rechte des Besitzes oder Genusses, wie das Pfandrecht oder den Nießbrauch, theils auch die Ausübung des Rechts in der Klage als solche gar nicht berührt, während die l. t. praescriptio umgekehrt jedes den Besitz oder den Genuß betreffende Recht umfaßt und nur die Ausübung dieser Rechte in der Abforderung des Besitzes ausschließt. Eine andere Folgerung aus dieser äußerlichen Natur der l. t. praescriptio besteht aber darin, daß für sie der Titel pro herede überhaupt untauglich ist. Denn, wie oben

gezeigt, besteht dieser eigentlich darin, daß man die Erbschaftssachen vermöge behaupteten Erbrechts an sich nimmt, oder die Person des Erblassers für die von ihm hinterlassenen Sachen als mit sich vereint betrachtet. Dieses Erbrecht ist aber nichts Aeußeres, nichts Besitzbares, wie wenigstens zur Zeit des Ursprungs der l. t. praescriptio längst anerkannt war (Gai. 2., 54.): es hat als familia nur einen iuris intellectus, der in das Eigenthum oder den Eigenthumsbesitz (usus) der einzelnen Erbschaftssachen als sein einziges Aeußere ausgeht, und wenn demnach zwar die usucapio, weil sie das Recht erfaßt, darauf insoweit anwendbar bleibt, als es in jenem Aeußern, den körperlichen Erbschaftssachen, erworben werden soll, so doch nicht die l. t. praescriptio zur Ausschließung der hereditatis petitio; denn weder ist der Besitz des pro herede possidens jener äußerliche Besitz, den die l. t. praescriptio sicherstellt, sondern richtet sich vermöge des pro herede nothwendig auf das Recht an den einzelnen Sachen, noch ist die hereditas petitio in dem Sinne eine in rem actio, daß sie die einzelnen Sachen als solche oder als äußerlich besitzbare in Anspruch nähme und abforderte. So wie sie auf Seiten des Klägers nicht res hereditarias, sondern hereditatem eius esse oder eum heredem esse behauptet, so wird sie auch gegen den Beklagten nicht als Inhaber der Sachen schlechthin, sondern nur als Abläugner des heredem esse durch eigenes pro herede possidere angestellt. Demnach ist sie zwar eine in rem actio, aber mit gemischt persönlicher

Natur, indem sie zwar das se heredem oder hereditatem suam esse, ebenso, wie die rei vindicatio des rem suam esse als absolutes Recht behauptet, aber die Herausgabe des äußerlichen Besitzes der einzelnen Sachen nicht wie die rei vindicatio als unmittelbare Folge der in rem actio als solcher, sondern auf Grund des vom Kläger bewiesenen, mithin beim Beklagten nicht vorhandenen heredem esse von diesem als non heres, folglich als eine officio iudicis vermittelte persönliche Leistung verfolgt: wie sich dieses auch in der Formel beider Klagen ausspricht; denn während es dort, wie in der intentio: rem suam esse, so in der condemnatio: nisi rem restituat heißt, geht hier die intentio bloß auf hereditatem suam esse, die condemnatio aber auf nisi id, quod ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet, restituat. Da nun die l. t. praescriptio nicht Statt findet, wenn die Herausgabe der Sache als persönliche Leistung, sondern nur, wenn sie unmittelbar kraft einer in rem actio gefordert wird, so erweist sich der titulus pro herede auch nach der Natur der hereditatis petitio als ungeeignet, den Besitzer durch l. t. praescriptio zu schützen, und die Verfasser der L. 7. C. cit. dürfen nicht beschuldigt werden, von der hereditatis petitio etwas Verkehrtes ausgesagt zu haben.[73])

---

73) Wie dieses von Löhr Magazin Bd. 4. S. 25. und Arndts Rhein. Museum Bd. 2. S. 143. geschieht. Insbesondere ist es auch ein Irrthum, wenn man einen Schein von per-



Auch bei der l. t. praescriptio ist es übrigens, wie die Sache selbst ergiebt und die angeführten Stellen bestätigen, entschieden gleichgültig, ob der Besitzer Erbe zu seyn glaubt oder nicht. Da nun im Justinianischen Rechte die usucapio fast in allen Stücken die Natur der l. t. possessio angenommen hat, so ist mit Recht auch hieraus geschlossen worden, daß die Justinianische pro herede usucapio auch dem putativen Erben gegen den wirklichen Erben nicht nütze. [74]) Außerdem mußte die Gleichstellung der usucapio und l. t. possessio im Justinianischen Rechte die oben bezeichnete Inconsequenz begünstigen, daß nach einigen Stellen, namentlich nach dem Codexrecht, die pro herede usucapio als ipso iure unwirksam behandelt zu seyn scheint, wie es die l. t. praescriptio in der That von jeher war.

B. Die usureceptio fiduciae. [75])

Um die usureceptio fiduciae verständlich machen zu

---

sönlicher Natur der Klage auf die Fälle der iuris possessio pro herede aut pro possessore beschränken will. Nur macht es diese besonders anschaulich, wie das Restituiren des pro herede possessor in der Erbschaftsklage ein ganz anderes ist, wie das des Besitzers in den speciales in rem actiones, indem ja jene iura gar nicht einmal als unmittelbarer Inhalt eines dinglichen Rechts gedacht werden können. In dieser Hinsicht sagt denn auch Ulpian L. 25. §. 17. D. de hered. petit. (5., 3.): Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales: utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

74) Arndts a. a. O. S. 137 flg. v. Vangerow Leitfaden a. a. O.

75) Dieser Ausdruck kommt nicht vor, ist aber richtig gebil-

können, muß erst die Natur der fiducia überhaupt entwickelt werden, wofür bis jetzt nur Unzureichendes geschehen ist.[76])

Fiducia nach der allen abgeleiteten Bedeutungen zum Grunde liegenden Hauptbedeutung ist ein Vertrauen mit völliger persönlicher Hingabe. Fides messe ich Jemandem bei, wenn ich annehme, daß er in irgend einer Berührung mit der Peripherie meiner Rechtssphäre in seinem Handeln gegen mich sich gewissenhaft und treu beweisen werde: fiducia aber, wenn ich in irgend einer Beziehung gleichsam mich selbst, also das Centrum meiner Rechtssphäre ihm in demselben Vertrauen hingebe. Daher heißt fiducia im gewöhnlichen Sprachgebrauch eine zuversichtliche Hoffnung, ein zuversichtliches Vertrauen, d. i. wobei man sich seiner selbst erwägt im Vertrauen auf die Gewißheit dessen, das man hofft, oder Zuverlässigkeit dessen, dem man vertraut. Ebendaher heißt nun fiducia in juristischer Anwendung ein solches Geschäft, durch welches man etwas — Person oder Sache — von der Persönlichkeit aus, d. h. gleich-

---

det, da man schon zu Cicero's Zeit fiducia auch für die durch fiducia übertragene Sache gebrauchte, und z. B. sagte fiducia accipitur, committitur.

76) Dieses gilt auch von der neuesten uns bekannten selbstständigen Behandlung des Gegenstandes: H. A. Zachariae Comm. de fiducia. Gothae 1830. 4., wo p. 4. die frühere Literatur angeführt ist, und den gelegentlichen späteren Aeußerungen darüber, z. B. von C. Sell de Rom. nexo et mancip. p. 67 seq. Puchta Cursus der Instit. Bd. 2. S. 698 flg. Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. 13. S. 182 flg.

sam die Persönlichkeit selbst, insofern sie darin liegt, dem Andern anvertrauungsweise hingiebt. Darin liegen folgende weitere Bestimmungen:

Erstens giebt es keine fiducia ohne eigentliche datio, Hingabe des Rechts selbst[77]), und schon dadurch

---

77) Gai. 2., 59. nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit. vel in iure cesserit. Paul. S. R. V., 1. §. 1. Iidem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt. . II., 13. §. 6. ... rem fiduciae datam. Man muß sich aber hüten, nicht solche Stellen auf fiducia zu beziehen, in denen bloß dare ohne Erwähnung von fiducia steht, wie namentlich in der häufigen Redensart pignori dare, was überall und stets (vgl. Paul. S. R. V., 1. §. cit.) nach dem allgemeinen auch sonst (z. B. in utendum dare) vorkommenden Sinne von dare = tradere (Senec. de benef. 1., 10.) lediglich auf das durch Besitzübergabe bestellte gewöhnliche Pfandrecht zu beziehen ist. Auch beruht es auf einem Mißverständniß sowohl des alten nexum, welches niemals in einem b. f. negotium und folglich auch nicht in der fiducia lag, als auch des Sprachgebrauchs der Kaiserzeit, der nectere namentlich beim Pfandrecht gern für obligare gebrauchte, wenn man pignori oder hypothecae nectere auf die fiducia bezieht, wovon schon das häufige Vorkommen des Ausdrucks in den Justinianischen Rechtsbüchern hätte abhalten sollen. Endlich ist es überhaupt verwirrend, wenn man die fiducia als eine Unterart des allgemeinen Begriffs pignus behandelt (obwohl man doch weiß, daß suae rei non est pignus). Diese Ansicht ist zwar aus einer Betrachtung der fiducia unter dem einseitigen Gesichtspunct ihrer Anwendung zur Sicherung eines Gläubigers erklärlich, aber auch ein folgenreicher Irrthum, der namentlich die richtige Einsicht in die Geschichte des Römischen Pfandrechts verschließt. Fiducia ist eben so wenig ein pignus, wie ein depositum, sondern ein völlig selbstständiges Geschäft, welches auch, wenn es für ähnliche Interessen, wie jene negotia iuris gentium eingegangen (iure pignoris, iure depositi contrahirt) wird, niemals unter deren Begriff fällt und deren Natur annimmt, so wenig, wie das fideicommissum zugleich ein legatum, die mancipatio eine traditio ist u. s. w.

unterscheidet sich die fiducia von manchen verwandten Geschäften, z. B. der pignoris datio, meist auch dem depositum. Zweitens muß diese Hingabe bloß anvertrauungsweise geschehen, so daß der Empfänger, obgleich er formell das volle Recht an dem Gegenstande hat, doch materiell es als ein fremdes ansehen muß: wobei aber nicht ausgeschlossen ist, daß der Empfänger auch ein Interesse an dem Empfange habe, welches aber nur nicht mit dem Eigen selbst zusammenfallen darf.[78]) Dieses zweite Moment hat die fiducia mit vielen andern Geschäften, z. B. der Dos, dem Darlehn und allen Condictionsgründen gemein. Endlich drittens aber muß — und hierin liegt gerade das eigentlich Charakteristische der fiducia — der Gegenstand dieser Anvertrauung, etwas Persönliches, die familia selbst in irgend einer Beziehung seyn. Je paradoxer diese dritte Bestimmung auf den ersten Blick erscheint, da ja so oft von Sachen als Gegenstand der fiducia die Rede ist, eines desto sorgfältigeren Beweises bedarf dieselbe.

Um jedoch dieser Paradoxie von vorn herein eine unnöthige Schärfe zu nehmen, erinnern wir daran, daß nach Römischem Rechte die familia zwei Seiten oder Richtungen hat, indem sie einerseits die Personen als solche (pater, mater, filius familias), andererseits aber

---

78) So hat der Gläubiger das Interesse der Sicherung für seine Forderung, der, welchem ein filiusfamilias noxae causa mancipirt ist, das Interesse, ihn den Betrag der Condemnation abarbeiten zu lassen, Gai. 2., 140. Papinian. in Collat. 2., 3.: wiewohl der letzte Fall keine eigentliche fiducia enthält.

auch die Jemandem unterworfenen Sachen, nicht als einzelne, sondern insofern sie noch mit der Person eins sind, die Vermögensgesammtheit in ihnen zur Erscheinung kommt, umfaßt. Es wird sich nun zeigen, daß alle Fälle der fiducia in dieser Begriffsbestimmung ihres Gegenstandes aufgehn und alle eigenthümlichen Grundsätze derselben nur in ihr ihre Erklärung finden.

I. Fälle, in denen die Person selbst Gegenstand der fiducia ist.

Mit Unrecht hat man hieher gerechnet das alte nexum [79]), indem man es als eine sui mancipatio auffaßte. Eine solche war es nicht, und weder wird es jemals so geschildert, noch auch zu den Fällen der fiducia gerechnet, mit deren Rechte als eines b. f. negotium auch sein stricter Charakter im directen Gegensatze steht. [80]) Das necti, in Folge dessen der Schuldner nach dem Verfalltage manu iniecta selbst nexus wurde, geschah allerdings per aes et libram, aber der Gegenstand dieses Geschäfts war nicht das suum ius der Person des Schuldners, ja es bestand überhaupt nicht in irgend einer Veräußerung desselben, sondern in

79) Zachariae l. c. p. 12 . . . 18. und mehrere Andere, welche Bachofen für das Nexum S. 24. 64. anführt. Er selbst vertheidigt mit mehreren Früheren in dieser Beziehung die richtige Ansicht.

80) Auch die neuesten Schriftsteller über das Nexum, Sell, Bachofen, Rudorff, rechnen die fiducia mit zum nexum, indem sie übersehen, daß zu dem Begriff des letztern vor Allem die stricti iuris obligatio und das certum gehört. So ist z. B. auch ein fideicommissum und selbst ein sinendi modo legatum aus einem testamentum per aes et libram keine nexi obligatio.

einer publicistischen und daher besonders strengen, nach den dies XXX iusti (seit der Kündigung vor Zeugen) zu factischer Unterwerfung (mittelst manus iniectio oder abductio — nexum inire, nexum se dare) und damit zum Genuß der operae berechtigenden Obligirung der Person, indem diese durch die Zuwägung vor den fünf Zeugen, d. h. dem Römischen Volk, eben so öffentlich civilrechtlich und dem iudicatus gleich verpflichtet wurde [81]), wie das bloße Darlehn nach natürlichem Rechte den Einzelnen als solchen verpflichtete. — Ueberhaupt war eine Selbsthingabe des paterfamilias in das mancipium unmöglich, weil diese sächliche Behandlung doch immer ein von dem mancipirenden Subject verschiedenes und ihm gegenüber zum Sächlichen sich hinneigendes Object voraussetzte.

Eine Ausnahme davon macht die coemtio der Frauen, insofern sie in einer Art von Selbstmancipation bestand; doch ist es nur eine scheinbare Ausnahme, weil die Frau dadurch nicht in das sächliche mancipium, sondern in die die freie Person anerkennende manus kam. [82]) Die Möglichkeit derselben beruhte darauf, daß die Frau nach ihrer Bedeutung in der Familie schon an sich dazu bestimmt ist, eine untergeordnete Stellung im Verhältniß zum Manne einzunehmen, wie sie denn auch schon vorher in der Tutel ihrer Agnaten

81) Ich beziehe mich hierfür, wie für alles Folgende, was das nexum betrifft, auf meine immittelst erschienene Schrift: über das Recht des nexum und das alte Röm. Schuldrecht. Lpz. 1846.

82) Gai. I., 123. und dazu meine Studien B. 1. S. 198 flg.

stand und unter der Auctorität derselben die coemtio machte. Weil nun aber hier die familia in einer Person Gegenstand der Uebertragung war, so konnte hierbei auch eine fiducia vorkommen, sobald nämlich der Grund und die Absicht der Uebertragung nicht Ehe, — in deren Falle eine materielle Hingabe in das Recht des Mannes um dessen willen Statt fand — sondern eine im bloßen Interesse der Frau geschehene Anvertrauung war, z. B. um ein Testament machen zu können, gesetzliche Tutoren oder auf einer gethanen Erbschaft ruhende Opferverpflichtungen los zu werden (fiduciaria coemptio).[83]) Hier bedung sich also die Frau bei der coemptio aus, daß sie selbst einem Dritten, und nachdem sie von diesem manumittirt seyn würde, ihr Vermögen ihr selbst remancipirt werden solle. Auf das erstere hatte sie keine fiduciae actio, weil das alienum ius sie hinderte, gegen den eine actio anzustellen, in dessen Rechte sie stand, sondern sie konnte nur extra ordinem durch den Prätor die Remancipation erzwingen; wohl aber wegen des Vermögens, da die erlittene capitis deminutio die fiduciae actio ohne Zweifel nicht aufhob.[84])

---

83) Gai. 1., 114 ... 115 a.

84) Gaius in L. 8. D. de cap. min. (4., 5.). Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire: quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem: L. 9. eod. Ut quandoque emancipata agat. Vgl. L. 61. D. mand. (17., 1.). Bei der

Ein zweiter Hauptfall der rein persönlichen fiducia war, wenn der Vater seinen filiusfamilias bloß anvertrauungsweise mancipirte. Dieses geschah, so oft die Auflösung der väterlichen Gewalt bezweckt wurde, und die lex fiduciaria lautete bei den ersten beiden Mancipationen auf Manumission, damit der Sohn wieder in die väterliche Gewalt zurückfiele, bei der dritten auf Remancipation. [85]) Ein anderer Zweck konnte ursprünglich wohl auch die Verpfändung des Sohnes für eine Schuld seyn, die aber später verboten war und dem Gläubiger eine außerordentliche Strafe zuzog. [86]) Mancipirte der Vater seinen Sohn ex noxali causa, so hatte zwar der Verletzte auch nur ein persönlich inhaltloses mancipium über den Mancipirten und es wurde völlig inhaltlos, sobald derselbe durch seine Acquisitionen die Schuld gedeckt hatte; aber eine actio fiduciae

---

rei uxoriae und fiduciae actio war dieser Satz wohl von jeher unbestritten, weil beide in einem noch höheren Sinne b. f. actiones sind, als die übrigen, indem sie nicht bloß auf der fides für anvertraute einzelne Sachen oder Geschäfte beruhen, sondern sogar eine persönliche Anvertrauung zum Inhalt haben. Auch die dos gehörte nämlich gewissermaßen dahin, seitdem für sie in Folge der willkührlichen Scheidungen das Princip der res uxoria aufgekommen war und die Frau sich (der Vater seine Tochter) nebst dem Vermögen dem Manne nicht mehr schlechthin, sondern mit Vorbehalt eigenen Rechts auf den Fall schlechter Behandlung (resp. des Todes der Tochter bei Lebzeiten des Vaters) hingab.

85) Gai. 1., 132. Epit. 1., 6. §. 3. (§. 8. I. de legitim. agnat. succ. (3., 2.). L. 2. §. 15. D. ad SC. Tertull. (38., 17.). L. 3. Th. C. de legit. hered. (5., 1.).

86) Paul. S. R. V., 1. §. 1. Nov. 134. c. 7. — Liv. 2., 24. und Dionys. 6., 29. 37. beziehen sich nicht hierauf. Vgl. meine angeführte Schrift S. 71.

stand dem Vater oder Sohne selbst nicht zu, weil dieser zur Befreiung von einer Schuld, mithin nicht aus dem bloßen Interesse des Vaters mancipirt war und derselbe also auch keine Remancipation ausbedingen konnte [87]); der Vater, oder nach der Sabinianer Meinung über die drei Mancipationen, der Sohn, konnte also nur durch außerordentliche Hülfe des Prätors die Manumission erlangen. [88])

Verwandt dem vorigen Falle ist endlich der der Remancipation einer Frau von Seiten ihres Coemtionators, um sie aus der Manus zu entlassen. Nur konnte er sich nicht eine Remancipation ausbedingen, um selbst zu manumittiren, weil sein eigenes Recht der Manus ein inhaltloses war; und selbst die Manumission auszubedingen, war wohl nicht schlechthin nothwendig, weil nicht er, sondern die Frau das Interesse an derselben hatte und daher auch ohne contrahirte fiducia beim Prätor darauf dringen oder im Census sie sich selbst verschaffen konnte. [89]) Dagegen beweist auch nichts der Ausdruck fiduciarius tutor für einen solchen, der seine Tutel kraft der Freilassung aus dem Mancipium hat. Man nannte nämlich fiduciarium im weitern Sinne [90]) auch ohne Rücksicht auf eine wirklich contrahirte fiducia Alles, was Jemandem nur in fremdem In-

---

87) Gai. 1., 140. 4., 75. 79. Collat. 1., 3.

88) Collat. l. c.

89) Collat. l. c. Gai. 1., 140.

90) Im eigentlichen Sinne wird es nämlich, wie commodatarius, depositarius u. s. w., von dem gebraucht (Gloss. Palaem.

teresse und folglich nur zu formellem Rechte gleichsam anvertrauungsweise überlassen war oder aus einem solchen Rechtsverhältnisse herstammte, vorausgesetzt jedoch, daß auch der Gegenstand der Natur der fiducia entsprach. So heißt also fiduciaria tutela jede, welche auf Freilassung aus dem Mancipium beruht, weil dieses ein materiell inhaltloses alienum ius ist, in welches der Sohn oder die Frau gleichsam nur anvertrauungsweise übergeben wird[91]), mit Ausnahme jedoch der Tutel des parens emancipator, der aus einem vorbehaltenen Mancipium manumittirt hat; denn da dieses die materiell bedeutungsvolle väterliche Gewalt nur in anderer Gestalt fortsetzt, so ist es selbst ein materiell eben so inhaltvolles Recht und die daraus herrührende Tutel heißt daher, obgleich dieses Mancipium des Vaters in der That auf einer fiducia contracta beruhte, doch nicht fiduciaria, sondern legitima, wie die des Patrons; wogegen der Sohn des parens emancipator wieder eine fiduciaria tutela hat[92]), weil sie bei ihm — der nie so die väterliche Gewalt über seinen Bruder, wenn

---

s. v.) qui rem aliquam fiduciae accepit; dann aber auch von der Sache, welche zur fiducia gegeben worden ist. Paul. S. R. II., 13. §. 2. 7.

91) Gai. 1., 115. 166. 172. 195. Ulp. 11. 5. Theophil. Paraphr. 1., 19. Tit. I. de fiduciar. tut. (1., 19.).

92) Wenn Gaius 1., 174. von den Söhnen des pater emancipator genauer sagt: fiduciarii tutoris loco numerantur, im Gegensatz der eigentlichen fiduciarii tutores 1., 166. Lachm., so beruht dieses darauf, daß bei ihm der Grund der bloß formellen Bedeutung dieses Rechtsverhältnisses nicht ein fiduciäres Mancipium ist.

dieser nicht emancipirt, wie der Sohn des Patrons die dominica potestas über den Freigelassenen, wenn dieser nicht manumittirt worden wäre, geerbt haben würde, — nicht aus einem Rechte von materiellem Inhalt herrührt.[93]) Noch mehr entfernt sich von dem Verhältniß einer wirklichen fiducia die Bezeichnung des directen Erben, dem die Herausgabe der Erbschaft ex SC. Trebelliano aufgetragen ist, mit dem Ausdruck fiduciarius heres; denn hier findet nicht einmal eine Mancipation (wenigstens nicht im Falle der Intestaterbschaft), sondern bloß eine solche Einsetzung in die Erbschaft Statt, daß der Erbe sie gleichsam nur für einen Andern

93) Es ist zu verwundern, daß die Neuern sich in dieses von Theophil. Paraphr. I., 19. so klar und schön auseinandergesetzte Verhältniß immer noch nicht finden können. Der Grund liegt wohl hauptsächlich in dem Irrthum, daß man meint, fiduciaria tutela sey nothwendig nur eine mittelbar auf einer contracta fiducia beruhende Tutel, wozu wieder die Wahrnehmung verführte, daß alle diese Verhältnisse, woraus vermittelst Manumission die fiduciaria tutela herstammt, durch Mancipation begründet werden und dabei an sich eine fiducia vorkommen kann. Ohne Zweifel hat nun auch diese Beschaffenheit der gedachten Fälle die Bezeichnung fiduciaria tutela mit begünstigt, wofür man sich auch auf Gai. I., 172. berufen kann: wiewohl hier doch das quod etsi placeat etc. mehr auf das unmittelbar vorhergehende cum ipsi se oneri subiecerint, als auf den entfernteren Ausdruck sed fiduciarios quoque etc. sich bezieht und davon eine Ausnahme machen will. Vgl. I., 166. Daß die Tutel gerade in dem einzigen unter diesen Fällen, in welchem sie wirklich stets durch eine fiducia begründet wurde, die des Vaters, nicht fiduciaria sondern legitima heißt, ist jedenfalls eine schlagende Widerlegung dieser Ansicht: doch hinderte die Erkenntniß dieses Gegenarguments vielleicht die falsche Lesart bei Theophil. I., 23. pr., wo die Parenthese nicht hinter Φιδουκιαρία sondern schon hinter ἐπιτροπή zu schließen ist. Vgl. die Addend. ed. Reitz. p. LXIX.

erhalten soll.[94]) Bei nicht-juristischen Schriftstellern wird der Ausdruck endlich auch auf eine in ähnlicher Weise übertragene Staats- oder Amtsgewalt angewandt.[95])

In den gedachten drei Hauptanwendungen der fiducia auf das unmittelbar Persönliche ist es also ein integrirender Bestandtheil der familia, welcher hingegeben wird, die mulier coemptionem faciens selbst, der, welcher in der patria potestas, diejenige, welche in der manus steht.

II. Fälle, in denen der sächliche Theil der familia Gegenstand der fiducia ist.

Auch hier müssen wir erst wieder einen fälschlich hieher gerechneten Fall von vorn herein abweisen: die Mancipation der familia pecuniaque an den familiae emptor in dem testamentum per aes et libram.[96]) Niemals sprechen unsere Quellen in diesem Falle von einer fiducia, noch nennen sie den familiae emptor je fiduciarius. Auch traten die Bedingungen der fiducia nicht ein; denn sieht man auf die ältere Gestalt dieses Testaments, so erhielt der familiae emptor damals die familia nach dem Tode des Erblassers wirklich und zu eigenem unwiderruflichen Rechte.[97]) Nach der spätern dar-

94) L. 9. §. 1. D. de reb. cred. (12., 1.). L. 46. 67. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36., 1.). Orell. Inscr. Tom. II. n. 3524.

95) Fiduciarium regnum Hirt. bell. Alex. 23.; imperium Curt. 5., 9.; eam (urbem) Lacedaemoniorum tyranno veluti fiduciariam dare, ut victori sibi restitueret Liv. 32., 38.; opera legati Caes. bell. civ. 2., 17.

96) Zachariae l. c. c. VIII. p. 49 seq.

97) Gai. 2, 102. Theophil. Paraphr. 2., 40. §. 1.

in vorgenommenen Veränderung aber bekam der familiae emptor die familia gar nicht, sondern diese Mancipation war bloß eine imaginaria [98]). Die Vorstellung endlich, daß das Vermögen jemals sogleich mit abgeschlossener Mancipation auf den familiae emptor übergegangen sey und nur wegen hinzugefügter fiducia dem Testator auf dessen Verlangen hätte remancipirt werden müssen, steht mit der ganzen Natur des Römischen Testamentsrechts in Widerspruch, welches keinen testatorischen Willen in irgend welcher obligatorischen Gestalt kennt. Vielmehr bekundet der Zusatz in der Formel der familiae emptio: Quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, daß die Mancipation des Vermögens nur insofern es Erbschaft werden würde, also auf den Todesfall des Testators gemeint war und bis dahin gar nichts übertrug. [99])

Es giebt vielmehr nur zwei hierher gehörige Fälle, oder wenn man will, drei, indem der Fall der coemptio fiduciaria, wie wir oben gesehen haben, gemischt

98) Gai. 2., 104. Ulp. 20., 2.

99) Gai. 2., 104. Man wende nicht ein, daß dieser Zusatz erst der spätern Form dieses Testaments angehören könne. Denn schon früher nannte man diese Art von Uebertragung der familia auch ein testamentum, Gai. 2., 102., und es scheint mir im Wesen des Römischen Testamentsrechts begründet, daß auch schon früher der familiae emptor vom Testator in der lex mancipii für heres erklärt werden mußte, was aber damals noch nicht der principale Grund der Erlangung der familia war, sondern bloß zur Erfüllung der eigentlich übertragenden familiae mancipatio gehörte, daher man doch mit Recht sagte, daß damals der familiae emptor heredis loco gewesen sey.

war und zugleich auf die Person der Frau und auf deren Vermögen ging. Die andern beiden sind die fiducia contracta cum creditore, um ihn wegen einer Forderung zu sichern, und die cum amico, um z. B. im Falle der Abwesenheit oder gegen einen gefürchteten mächtigeren Gegner seine Sachen bei ihm sicherer, als bei sich selbst zu wissen [100]), jener als innerliches, rechtliches Institut dem pignus, dieser ebenso dem depositum als ihren mehr factischen, äußerlichen Gegensätzen entsprechend. In beiden Fällen scheint nun aber unsere Begriffsbestimmung der fiducia, daß sie wesentlich stets nur die familia zum Gegenstande gehabt habe, nicht einzutreffen, weil uns überall res, z. B. ein Sclav, ein Grundstück u. s. w., als deren Gegenstände erwähnt werden. Allein dieser Einwand beweist nichts wider uns; denn so wie die familia persönlich nur in diesen und jenen aus personae, so besteht sie auch sächlich nur in den verschiedenen res, und was wir behaupten, ist also nur dieses, daß nicht die einzelnen Sachen als solche, sondern nur insofern sie die familia ausmachten, diese in einer jeden als einem constituirenden Bestandtheil derselben mit lag, Gegenstand der fiducia gewesen sey. Es gilt hier demnach ganz derselbe Unterschied, den wir hinsichtlich der Erbschaftssachen gemacht haben, zwischen den res hereditariae als solchen, die z. B. nur mit der hereditatis petitio eingeklagt werden können und durch die in iure cessio hereditatis mit Einem Male auf

100) Gai. 2., 60. Boëth. in Cic. Top. lib. IV. p. 39. Orell.

den Cessionar übergehn, und denselben Sachen als einzelnen, auf welche das ganze Recht der singularum rerum acquisitiones Anwendung findet.

Zum Beweise unserer Ansicht dient, außer der Totalanschauung dieses Instituts, vorzüglich das, daß die fiducia nur durch mancipatio oder in iure cessio eingegangen werden konnte und es dabei durchaus keinen Unterschied machte, ob die Sache als einzelne mancipi oder nec mancipi war. [101]) Wenn nämlich die einzelne Sache als solche Gegenstand der fiducia gewesen wäre, so ist nicht abzusehn, warum nicht namentlich eine res nec mancipi auch durch Tradition hätte zur fiducia gegeben werden können, da auch neben dieser eine lex dicta dationi civilrechtlich obligirt; die hier entstehende Klage war aber bekanntlich nicht die fiduciae, sondern die civilis in factum actio. War dagegen eigentlich die familia oder die Person, insofern sie im Sächlichen berechtigt ist, das, was in der Sache zur fiducia gegeben wurde, so war ihr Gegenstand auch mancipi, gleichviel ob die Sache als einzelne mancipi oder nec mancipi seyn mochte, und konnte mithin nur durch

101) Gai. 2., 59. sagt nicht: qui fiduciae causa rem mancipi alicui mancipio dederit, vel nec mancipi in iure cesserit, obgleich sonst selbst bei minder wichtigen Veranlassungen dieser Unterschied hervorgehoben wird (vgl. Gai. 2., 204. 43. Ulp. 19., 8. 9. 16. 17.), sondern schlechthin: qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit, vel in iure cesserit. Ebenso Isidor. Orig. 5., 25. res aliqua und Boëth. l. c. quum res alicui ea lege mancipatur, ut eam mancipanti remancipet, worauf allerdings das Beispiel eines fundus angeführt wird, was aber ganz zufällig seyn kann.

Mancipation oder die ihr gleichgeltende in iure cessio übertragen werden.[102]) Ferner bestätigt die Richtigkeit unserer Ansicht sich dadurch, daß die fiducia ebensowohl bei Personen als bei Sachen vorkommen konnte, was bei keiner Art von Contracten, die sich auf einzelne Sachen beziehn, gilt; Personen und Sachen treffen aber eben bloß in der familia zusammen, wie denn auch an die Personen, welche zur fiducia gegeben werden, ihrer Natur gemäß sogleich ein Vermögen sich anschließt oder wenigstens sich anschließen kann, bei der mulier coemptionem faciens ihr wirkliches Vermögen, beim filiusfamilias das peculium, bei der materfamilias remancipata die dos, wiewohl in den letzten beiden Fällen diese Quasi-Vermögen nicht zugleich mancipirt wurden. Drittens dürfen wir uns auch auf die eigenthümliche Formel der actio fiduciae im Gegensatz aller b. f. actiones aus bloß singulären Obligationsgeschäften — wie wir sie entsprechend den Acquisitionen aus singulären Titeln gar wohl nennen können — berufen. Zwar gingen beide

102) Vgl. Gai. 2., 104. 22. 34. Unter den res mancipi konnte der Gegenstand der fiducia nicht erwähnt werden, 1) nicht als familia, weil diese bei einem noch Lebenden mit der Person zusammenfällt und mithin nicht res ist, aus welchem Grunde auch die freien Personen, obgleich, soweit sie sächlich behandelt werden sollen, mancipi, doch nicht unter den res mancipi vorkommen; aber auch 2) nicht als fiducia, weil diese nicht sowohl eine Sache, als vielmehr eine Art contractlicher Verwendung von Sachen oder Personen ist. Ueberhaupt bezieht sich der Unterschied von res mancipi und nec mancipi nur auf die einzelnen Sachen, welche in Jemandes Vermögen stehen (wozu auch die Erbschaft gehört, die nec mancipi ist), und betrifft folglich das Vermögen selbst nicht auch.

wohl ohne Zweifel auf dare facere oportere, weil diese Ausdrücke überhaupt den ächlichen Einzelinhalt der b. f. Obligationen bezeichnen [103]) — wie denn auch aus universellen und singulären Titeln gleichmäßig immer die einzelne Sache erworben wird; aber aus singulären Obligationsgründen klagte man schlechthin auf dare facere oportere ex fide bona, d. h. hier wurde dieser sächliche Einzel-Inhalt der Obligation unmittelbar als solcher gefordert und auch nur von der fides abhängig dargestellt, von der schon bemerkt ist, daß sie das peripherische Zusammentreffen der Rechtssphären, das einzelne sächliche Thun und Lassen gegen einander regulirt. In der fiducia actio lautete dagegen die intentio: quicquid paret N. N. A. A. dare facere oportere ex fide bona ita, uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. Hier wurde also das äußere sächliche Leisten (dare facere) von dem agere, dem persönlichen Handeln, abgeleitet und zugleich Treu und Glaube, wie sie für dieses im Zusammentreffen der Personen selbst als der Centra der Rechtssphären gelten (inter bonos viros), und erst von da aus auf das einzelne Sächliche influiren (sine fraudatione), als Richtschnur hingestellt. [104]) Ein eben solcher aus universellem Grunde

---

103) Die Vereinigung der bei dem Ausdrucke dare facere in den b. f. actiones, auch wenn im einzelnen Falle bloß ein dare zur Frage stehen mochte, wie z. B. beim Depositum einer Geldsumme, war cautelarisch und in der Natur einer incerta actio begründet, wo man zum Voraus nicht wissen kann, welchen genauen Umfang in irgend einer Beziehung die Obligation habe.

104) Cic. de offic. 3., 15. 17. Top. 17. ad famil. 7., 12.

abgeleiteter Obligationsinhalt stellt sich auch in den Worten der Formel dar, mit denen der fiduciae causa dans, als Erwerber der Hauptobligation aus dem durch mancipio datio oder in iure cessio eingegangenen Geschäfte, sein Contractsrecht bezeichnete: Hanc ego rem tibi fiduciae causa (z. B.) quo tutius ea apud te esset, mancipio dedi, eamque tu mihi ita remancupato, UTI NE PROPTER TE FIDEMQVE TVAM

So wie ich im Text angenommen habe, schließt sich die Construction der Formel am genauesten an die Stellen des Cicero an, wonach die Formeln im Uebrigen nicht verschieden waren und nur ihre Natur als b. f. actiones auf diese verschiedene Weise bezeichnet wurde. Daß man auch zu dem dare facere der fiduciae actio noch ex fide bona hinzusetzte, kann aus Cic. Top. 17. ubi vero etiam geschlossen werden, vgl. de offic. 3., 17. idque (b. f. nomen) versari in ... fiduciis. — Die rei uxoriae actio bildet gleichsam eine Vermittelung zwischen der fiduciae und den gewöhnlichen b. f. actiones, gehört aber doch wenigstens formell mehr zu den letztern; denn wenn auch die Dos als res uxoria etwas einer universitas Aehnliches hat, so ist sie doch keine wirkliche universitas, selbst nicht eine factische, wie das Peculium, sondern einzelne Sachen, die als solche aus singulärem Grunde zur Dos bestellt und als solche zurückzugeben waren. Dagegen aber beruht sie als arbitrium nicht auf dem sächlichen äußern Credit (der fides), sondern auf dem ehelichen Verhältnisse, also etwas rein Personenrechtlichem, welches durch die boni mores, das bonum und da es auf die Rechte beider Ehegatten ankommt, zugleich das aequum, bestimmt wird: die letztere Rücksicht motivirt zugleich den Comparativ melius aequius (Boëth. ad Top. l. c.). Dieses bonum des persönlichen Verhältnisses ist aber auch der einzige Verpflichtungsgrund des Beklagten — von einem oportere kann nicht die Rede seyn. So wurde also hier die b. f. in der intentio gar nicht erwähnt, diese ging aber auch nicht auf ein dare facere aus einem agere oportere, sondern auf ersteres schlechthin: quantum eius N. N. A. A. dare facere (repromittereve) melius aequius est.

CAPTVS FRAVDATVSVE SIEM.[105]) Denn es heißt nicht, wie sonst gewöhnlich, ob eam rem, sondern mit Richtung auf die Person propter te fidemque tuam, und gleicherweise wird auch zunächst die Person und nur von da aus deren sächliches Interesse als durch die Rechtswidrigkeit des Andern beeinträchtigt mit den Worten captus fraudatusque dargestellt; denn diese verhalten sich zu einander ebenso wie agere und dare facere, familia pecuniaque, indem das erstere die Berückung der Person, das letztere die dadurch bewirkte sächliche Beschädigung bezeichnet (L. 7. §. 10. D. de pactis 2., 14.). Zur Bestätigung dient, daß dieselben Worte in noch einer Anwendung vorkommen — wohl der einzigen, die es außerdem giebt — wo offenbar auch ein universeller Obligationsgrund vorliegt. Wir meinen die de peculio actio, die, wenn sie b. f. war, d. h. aus einem mit dem Sclaven oder filiusfamilias geschlossenen b. f. negotium herrührte, nach Ausweis der für die piguoratitia actio de peculio als die im täglichen Verkehr mit dem Peculium häufigste Klage dieser Art, im Edict aufgestellten Formel den Zusatz in der taxatio enthielt: et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est (L. 36. D. de pecul. 15., 1. Vergl. L. 5. pr. D. eod. L. 1. §. 42. D. depos. 16., 3.). Indem nämlich der Herr oder Vater de peculio belangt wurde, haftete er für das Geschäft des Sclaven

105) Cic. de offic. 3., 17. Vgl. meine Schrift über das Recht des nexum S. 23. Der Empfänger der fiducia sprach nichts: er obligirte nicht.

oder Sohnes auch nicht unmittelbar sächlich, sondern vermittelt durch die Person des Sclaven oder Sohnes, die hinsichtlich ihres Peculium, wie oben schon bemerkt wurde, wenigstens in factischer — aber vom Prätor in dieser Klage zu einem Rechte erhobener — Weise, eine familia pecuniaque haben.

Endlich liegt auch noch darin ein Argument für unsere Ansicht, daß man nur den mit Restitution der hereditas (diese ist aber auch familia) belasteten Erben fiduciarius nannte, nicht auch denjenigen, welchem aufgetragen war, eine einzelne Sache zu restituiren.

Wenn nun die Sache eigentlich nur von der Seite her, wonach sie familia war, zur fiducia hingegeben wurde, so erwarb der Fiduciar zwar vollkommenes Eigenthum an ihr, aber nicht an ihr als einzelner Sache oder kraft eines Singulartitels, sondern insofern die universitas bonorum in ihr lag oder kraft eines universalen Titels, und hiermit erhält auch das andere charakteristische Merkmal der fiducia, daß sie bloß im Interesse des Fiducianten zu formellem Rechte hingegeben wird, seine nähere Bestimmung. Die familia ist nämlich, wie alles Persönliche, wesentlich untheilbar und unveräußerlich [106]), nicht ebenso die Sachen, in welche sie ausgeht, von denen vielmehr dasselbe gilt, wie von den res hereditariae, z. B. bei der in iure cessio hereditatis. Aber wenn nun eine Sache von der Seite der familia her übertragen wird, so hat der Erwerber

106) Vgl. Consultat. c. 6.

von selbst daran nur ein formales Eigen, weil sie ihm nicht aus dem Rechte seiner Person (iure suae familiae), sondern aus dem des Fiducianten gehört, und dieses Recht als solches (als familia) ein unveräußerliches ist, ja als für den Fiducianten fortdauernd durch die lex fiduciae: Hanc ego rem tibi fiducia ecausa mancipio dedi, eamque tu mihi remancupato, VTI NE PROPTER TE FIDEMQVE TVAM CAPTVS FRAVDATVSVE SIEM noch ausdrücklich vorbehalten wird. Mit einem Worte, die Sache ist zwar sein, aber als res alienae familiae, welche familia nur dadurch, daß die einzelne Sache in sein Eigenthum übergehen konnte, in ihr und mit ihr für den beabsichtigten Zweck gleichsam in seine Gefangenschaft gerathen ist.[107]) Hierdurch unterscheidet sich nun die fiducia wesentlich von allen andern mit Eigenthumsübertragung verbundenen, auf Rückgabe gehenden Geschäften, und es erklärt sich daraus, weßhalb die fiduciae datio so wenig wie die Beerbung für eine eigentliche Veräußerung, durch welche das Legat der Sache aufhört, gehalten wurde[108]), und

107) Nicht ebenso steht es mit den res hereditariae im Falle einer in iure cessio hereditatis oder restitutio ex SC. Trebelliano (welcher letztere Fall jedoch von dem ersteren wieder einigermaßen verschieden ist); denn hier wird die hereditas als eine ursprünglich von der Person des Erben verschiedene Sache, welche nur zugleich eine universitas iuris bildet, mit dem Willen abgetreten, das ganze Recht derselben, so weit es möglich ist, auf den Andern zu übertragen. — Dagegen liefert das an einen fremden Wagen adjungirte Rad ein Beispiel von freilich ganz anderer Art, wie eine Sache als (Theil einer) universitas einem Andern gehören könne, als welchem sie als einzelne Sache gehört.

108) Paul. S. R. III., 6. §. 16.

wie bei der fiducia zur Sicherung einer Forderung noch ausgemacht werden konnte, daß im Nichtgeltungsfalle die fiducia verfallen seyn sollte; denn das hieß nun so viel als, die Sache sollte von da an dem Gläubiger auch iure suae familiae gehören, daher nun z. B. die Sache, wenn sie nec mancipi war, nicht mehr durch Remancipation an den Fiducianten zurückveräußert werden konnte.

Endlich erklären sich aber hieraus auch alle Eigenthümlichkeiten der usureceptio fiduciae und deren Verwandtschaft mit dem ja ebenfalls universellen Titel pro herede.

Gai. 2., 59. Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere anno scilicet, etiam si soli sit, quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. §. 60. Sed cum fiducia contrahatur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo [109]) tutius nostrae res apud eum essent: si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio: si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit: nondum vero soluta ita

109) Alle Ausgaben haben die hier in der HS. stehende Sigle q in quod aufgelöst: unrichtig, weil der Zweck des Geschäfts angegeben werden muß.



demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit.

3., 201. ... debitor quoque, qui fiduciam, quam creditori mancipaverit aut in iure cesserit, detinet, ut superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

Hiernach zeichnet sich diese Usucapion durch folgende Eigenthümlichkeiten aus: 1. sie entbehrt scheinbar alles Titels; 2. sie erfordert keine bona fides; 3. sie wird auch bei Grundstücken in einem Jahre vollendet; 4. in der wissentlichen Besitznahme der fremden Sache liegt kein furtum; 5. der Usucapionsbesitz wird selbst dann angenommen, wenn der Usucapient vom Eigenthümer den Besitz gemiethet oder auf Gutdünken sich ausgebeten hat, mit bloßer Ausnahme des Falles, daß bei einer Pfand-Fiducia die Pfandschuld noch nicht bezahlt war.

Was nun 1. den Titel betrifft, so ist dieser nicht etwa der titulus pro suo, wenigstens nicht in seiner gewöhnlichen Bedeutung, denn dieser geht auf die einzelne Sache als solche, deren Usucapionsbesitz man von sich selbst ableitet; sondern der Usucapient besitzt die Sache deßhalb, weil sie familiae suae, seine familia, die als solche unveräußerlich war, in dieser Sache zu ihm gleichsam aus der Gefangenschaft zurückgekehrt ist. Der Titel könnte also höchstens mit pro domino bezeichnet werden, wenn man darunter nämlich ebenso die Berechtigung am ganzen eigenen Vermögen, nicht an

der einzelnen Sache als solcher, verstehen dürfte, wie pro herede entschieden die Berechtigung am Vermögen eines Verstorbenen bezeichnet. Da nun aber dieser Sinn des Wortes dominus jedenfalls nicht feststeht, so war es gewiß richtiger, wie die Alten offenbar auch gethan, den Titel durch das bloße Wort usu receptio anzudeuten, indem damit die der fiducia eigenthümliche Art der Gefangenschaft der familia, aus welcher man die Sache usu gewissermaßen in ihren ursprünglichen Rechtsstand zurückerwirbt, vollständig ausgedrückt liegt. Wie aber, wenn der Fiduciar die Sache weiter veräußert hatte? Alsdann fand die usureceptio ohne Zweifel in dem Falle nicht mehr Statt, wenn der Fiduciar nach ihm vom Fiducianten gegebener Erlaubniß, die sich später bei der Pfand-Fiducia schon von selbst verstand, veräußert hatte, weil die Sache nun nicht mehr bloß als familiae alienae, sondern aus dieser familia heraus als einzelne Sache veräußert und erworben war. Ebenso auch, wenn die fiducia dem Fiduciar selbst lege commissoria verfallen oder durch Erlaß der ausbedungenen Remancipation geschenkt war. Außer diesen Fällen aber mußte die usureceptio des Fiducianten fortdauern, da das in der objectiven Beschaffenheit des fiduciarischen Eigenthums an der Sache begründete Verhältniß des Fiducianten zu ihr durch die Veräußerung keine Aenderung erleiden konnte. Auch beschränkt Gaius die usureceptio nicht auf den Fall, daß der Fiduciar noch Eigenthümer der Sache gewesen sey.

2. Der bona fides konnte es nicht bedürfen, weil

der Usucapient, indem er nicht die einzelne Sache als solche, sondern insofern sie familiae suae war, in Besitz nahm, in der That nur zu sich selbst im Verhältniß stand. Denn der Fiduciar hatte zwar das Eigenthum an der Sache, aber nur so wie der heres, vermöge universellen Titels, und in diesem vertrat er gleichsam nur die Stelle des Fiducianten, wie heres und pro herede possessor die des Verstorbenen.

3. Da ferner die Sache, kraft der vorbehaltenen Remancipation, nicht als einzelne, sondern insofern sie familia ist, besessen und usucapirt wird, so kann auch stets nur die für ceterae res vorgeschriebene Zeit des Jahrs zur Anwendung kommen, ebenso wie bei der pro herede usucapio. Doch scheint uns dieses nur im Verhältniß zu dem Fiduciar behauptet werden zu können. Denn hatte dieser weiter veräußert, so besaß der neue Eigenthümer die Sache nicht mehr unter dem Vorbehalt der fortdauernden familia, welcher bloß gegen den Fiduciar ausbedungen war, und so wenig sie dann von dem jetzigen Eigenthümer, wenn sie nec mancipi war, dem Fiducianten hätte remancipirt werden können, eben so wenig konnte sie dieser durch Usucapion anders denn als einzelne Sache von ihm in Besitz nehmen und erwerben. Anders mit dem Titel und der fides, die nicht eine Beschaffenheit der Sache, sondern der Person des Usucapienten sind.

4. Ein Furtum liegt in der Besitznahme nicht, weil der Fiduciar kein factisches Interesse an der Sache hat, aus dem sie entwandt werden könnte. Denn er besitzt

sie zwar körperlich, was aber den animus betrifft, auf den es bei der Begriffsbestimmung des factischen Interesses der Person (der subjectiven possessio), aus dem entwandt seyn muß, wenn ein furtum vorliegen soll, ausschließlich ankommt, so will er sie nicht als eine einzelne ihm gehörige (pro suo), sondern als familia und zwar familia aliena besitzen, folglich mit Anerkennung des fremden Eigenthumsinteresses. Wir tragen daher auch kein Bedenken, den Eigenthumsbesitz (civilis possessio) einer zur fiducia hingegebenen Sache dem Fiducianten zuzuschreiben; denn durch die Mancipation oder in iure cessio hatte er zwar das Eigenthum übertragen, und zugleich konnte damit auch die Detention dem Fiduciar überlassen seyn, was bei der Freundschafts-Fiducia ohne Zweifel regelmäßig geschah; aber hinsichtlich des animus dominii (pro suo) im Besitz der einzelnen Sache als solcher, auf welche sich selbst jene Mancipation gar nicht bezog, hatte sich nichts geändert, und folglich besaß der Fiduciar die Sache alieno nomine, daher auch, wenn ein b. f. emptor die Sache zur fiducia gegeben hatte, er ohne Zweifel zugleich pro emptore fortusucapirte. Hieraus erklärt sich

5. die letzte Eigenthümlichkeit der usureceptio, daß sie selbst dann Statt fand, wenn der Fiduciant die Sache vom Fiduciar gemiethet oder precario zugestanden erhalten hatte; denn da er selbst an der einzelnen Sache als solcher das alleinige Interesse hatte, so mußte hier der Satz materiell zur Anwendung kommen: suae rei non est conductio, precarium u. s. w., wie denn aus

demselben Grunde der Fiduciant ohne Zweifel die Sache vom Freundschafts-Fiduciar auch nicht kaufen [110]), oder als Depositum, Commodat oder Pignus empfangen konnte. Waren aber alle solche Geschäfte ungültig, so wurde dadurch auch der Eigenthumswille des Usucapienten an der Sache als suae familiae nicht gehindert.

So wie es nun aber mit der fiducia nicht unverträglich war, dem Fiduciar die Detention der Sache zu übergeben, so konnte demselben auch der wirkliche Besitz zugestellt werden, sofern es nur nicht der Eigenthumsbesitz wär (denn dieser hätte allerdings ebenso wie die Uebertragung des Eigenthums an der einzelnen Sache als solcher mit der fiducia im Widerspruch gestanden), und eine solche Besitzübertragung lag schon nach der Natur des Geschäfts in der fiducia cum creditore contracta [111]), weil die Sache hier dem Gläubiger pignoris iure für sein Geld haftete: nicht, daß er ein eigentliches pignus an ihr gehabt hätte; aber er sollte sich eben so zu seiner Befriedigung, wofür sie nur als einzelne Sache geeignet war, an sie halten, wie an eine res pignerata. So lange also der Gläubiger nicht

110) Dem Fiduciar selbst konnte der Fiduciant freilich auch nicht verkaufen, aus demselben hier nur formell zur Anwendung kommenden Grunde (vgl. die oben S. 160. erläuterte L. 21. D. de usurp.), wohl aber konnte er einem Dritten verkaufen, bei der Freundesfiducia schlechthin, bei der Pfandfiducia so, daß er mit dem Kaufgelde den Gläubiger abfand und nur die remancipirte Sache dem Käufer prästirte. Paul. S. R. II., 13. §. 3.

111) Die cum amico contracta fiducia konnte wohl auch zum Behuf der Sequestration angewandt werden, wo dann ebenfalls Besitzübertragung möglich gewesen seyn wird.

befriedigt war, hatte er wegen seiner Forderung das Interesse am Besitz der einzelnen Sache als solcher, er konnte zwar nicht die Sache, aber den Besitz derselben dem Fiducianten gültig vermiethen, precario zugestehen, commodiren, bei ihm deponiren [112]), und wenn dieses geschehen, fand die usureceptio nicht Statt, weil der Fiduciant weder animo domini den Besitz erlangt hatte, noch ipse causam possessionis sibi mutare poterat.

Fraglich ist es, ob der Fiduciant, wenn er dem Gläubiger die Sache wegnahm, ein Furtum beging und deßhalb nicht usucapiren konnte. Die Stellen des Gaius geben uns darüber keine sichere Auskunft. In 3., 201. ist es nicht klar, ob er den Fall meint, wo der Schuldner im Besitze der fiducia geblieben ist, oder den, wo er sich den Besitz der Sache vom Gläubiger erst wieder verschafft hat, und überhaupt verweist er hier wegen des Näheren auf das vorhergehende Buch, 2., 60.; hier tritt uns aber theils dieselbe Unklarheit entgegen, ob er von dem Falle eines mit der Mancipation nicht übertragenen Besitzes spricht, in welchem sich ja die conductio und das precarium auch denken lassen, oder von dem des vom Gläubiger erst wieder erlangten Besitzes, theils wird hier auch ein Unterschied zwischen schon und noch nicht bezahlter Pfandschuld gemacht, an den denn auch in 3., 201. gedacht seyn könnte, so daß bloß im ersteren Falle kein Furtum angenommen werden sollte. Sehen wir nun auf das verwandte Recht des pignus, so

112) Vgl. v. Savigny Besitz §. 5. S. 29. §. 24. S. 300.

scheinen die davon sprechenden Stellen folgendes Resultat zu ergeben[113]): Wenn der Pfandgeber die Sache dem Gläubiger entwendet, so begeht er ein furtum, die Sache ist an sich furtiv geworden und dadurch nach den zwölf Tafeln der Usucapion entzogen. Allein es fragt sich, inwiefern nach den spätern Gesetzen das vitium rei durch Rückkehr in potestatem domini als purgirt betrachtet werden könne, und dieses war bestritten.[114]) Hatte der Eigenthümer und Pfandgeber den Besitz nicht übertragen, sondern durch Veräußerung hinter dem Rükken des Gläubigers die Sache entwendet, so war es freilich zweifellos, daß hier kein reverti in potestatem domini vorlag, da gerade erst durch das Herauskommen ex potestate domini das furtum begangen war.[115]) Aber wenn der Besitz übergangen war und der Pfandgeber aus dem Besitze des Gläubigers entwandt hatte, sollte man dann sagen: die Sache müsse nun erst wie-

---

113) Die nachfolgende Darstellung stimmt mit keiner der bisherigen völlig überein, wiewohl sie nichts enthalten dürfte, was nicht theilweise schon von dem einen oder andern Schriftsteller über diesen Gegenstand gesagt worden wäre. Vgl. über diese Unterholzner Verjährungslehre Bd. 1. §. 71. v. Vangerow Leitfaden Bd. 1. S. 516 flg. Mühlenbruch Lehrbuch des Pand.-Rechts Bd. 2. §. 261. Not. 14.

114) L. 5. D. pro emptore (41., 4) Modestinus: Si rem, quam tibi pignoravi, subripuero, eamque distraxero, de usucapione dubitatum est. Et verius est, utiliter cedere tempora usucapionis.

115) L. 6. C. de usuc. pro emptore (7., 26.) Philippus: Cum sit probatum, rem pignori fuisse obligatam, et postea a debitore distractam, palam est, non potuisse eam quasi furtivam usucapi.

der in den Besitz des Pfandgläubigers zurückkommen, um als in potestatem domini reversa betrachtet werden zu können, oder sie sey schon dadurch selbst, daß sie, obgleich furto, in den Besitz des Eigenthümers zurückgekommen, in potestatem domini reversa? Auf den ersten Blick scheint für das Erstere der Wortlaut des Atinischen Gesetzes, welches gesagt hatte in potestatem eius, cui subrepta est, reversa sit [116]), für das Letztere der Sinn desselben zu sprechen (denn natürlich setzen wir dabei den regelmäßigen Fall voraus, daß der Pfandgeber zugleich Eigenthümer war, aus welchem Grunde auch die Römischen Juristen den Fall stets so behandeln: ob der, an welchen der Pfandgeber nachher veräußert hat (namentlich durch Tradition einer res mancipi), usucapiren könne oder nicht, da ja der Eigenthümer der Usucapion nicht bedarf). Auch war darüber gewiß kein Streit, daß, wenn die Sache in den Besitz des Pfandgläubigers zurückgekommen sey, das vitium rei jedenfalls aufgehört habe, weil sowohl des Eigenthümers als auch des Pfandgläubigers Interesse an der Sache ein Genüge geschehen, und selbst wenn man annimmt, daß der Pfandgeber, welcher entwandt hatte, nur b. f. possessor gewesen sey, zwischen den Personen, auf welche allein das Vitium sich bezog, Alles wieder in den ursprünglichen Stand zurückversetzt war. [117]) Aber richtiger war die

---

116) L. 4. §. 6. D. de usurpat. (41., 3.).

117) L. 49. D. eod. Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in potestatem domini pervenerit. Paulus: Imo forsitan (vielleicht, wenn man nämlich in dem nun

Ansicht, daß es einer solchen Rückkehr in die Gewalt des Pfandgläubigers nicht bedürfe, sondern schon der wiewohl in seinem Ursprunge furtive Besitz des Pfandgebers hinreiche, das Vitium in demselben Augenblicke zu beseitigen, in welchem es entstanden war; denn die Furtivität in ihrer Bedeutung für die Usucapion hat es doch immer nur mit dem Eigenthumsbesitz zu thun, da das Pfand durch die Usucapion nicht erlöscht, und nach diesem Gesichtspunct ist das Vitium purgirt, oder richtiger gar nicht entstanden, da auch hier der Eigenthümer die Sache, um die Einwendung wissend, wieder an sich gebracht hat und auf die Art des in potestatem reverti überall nichts ankommt. [118])

---

folgenden Falle die entgegengesetzte, von Paulus selbst — s. die folg. Anm. — nicht gebilligte Meinung annimmt) et contra. Nam si id, quod mihi pignori dederis, subripueris, erit ea res furtiva facta: sed simul, atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit. Vgl. L. 6. §. 3. D. de precar. (43., 26.). Mühlenbruch Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 2. §. 261. Anm. 14. (3. Ausg.) bezieht die Stelle des Paulus unzulässiger Weise auf die Fiducia, obgleich ihn schon Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1. S. 242., darauf aufmerksam gemacht hatte, daß ja alsdann der Pfandgläubiger Eigenthümer ist und folglich Paulus das Gegentheil von dem, was er aufstellt, beweisen würde.

118) L. 4. §. 21. D. de usurp. (41., 3.) Paulus: Si rem pignori datam debitor surripuerit et vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit, quamvis cum eo furti agi potest: quod puto rectius dici. L. 5. D. pro emptore s. in Anm. 114. Außerdem gehört hierher wegen Gleichheit des allgemeinen Grundes auch L. 20. §. 1. D. de furtis (47., 2.) Paulus: Si bona fide rem meam emeris, eamque ego subripuero, vel etiam tuus ususfructus sit, et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum. Sed his casibus usucapio

Machen wir nun hiervon Anwendung auf die fiducia, so scheint angenommen werden zu müssen, daß die Sache nach den zwölf Tafeln allerdings auch durch Entwendung derselben von Seiten des Fiducianten furtiv und durch Usucapion entzogen wurde, wenn die Entwendung vor Tilgung der Pfandschuld geschah, und so beschränkte sich also die lucrativa usureceptio einer beweglichen Sache damals auf den Fall, daß die Sache gar nicht in den Besitz des Fiduciars übertragen war, wogegen Verkauf von Seiten des Fiducianten die Sache ohne Zweifel auch furtiv machte. Ob aber das Vitium im Falle einer vom Fiducianten aus dem Besitz des Fiduciars entwandten fiducia nach der Lex Atinia gehoben wurde? Diese Frage mag noch bestrittener gewesen seyn, als beim pignus. Dagegen spricht, daß man nicht sagen konnte, die Sache sey in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt, und daß die fiducia nicht so, wie das pignus von der usucapio unberührt bleibt; dafür, daß das Eigenthum des Fiduciargläubigers doch immer nur einen stellvertretenden universellen Grund hatte und dem Wesen nach der Fiduciant als der beim Einzeleigenthum Interessirte angesehen werden mußte, wogegen die Pfandbefugniß des Fiduciars ganz ebenso wie beim pignus außer Beziehung zu dem Einzeleigenthum stand.[119]) Dieses letztere Argument scheint uns das

quasi furtivae rei non impedietur: quoniam et si alius subripiat et in meam potestatem reversa res fuerit, usucapietur.

119) Wurde die fiducia von einem Dritten usucapirt, so verlor dadurch wesentlich doch nur der Fiduciant das Eigenthum

überwiegende, und so würde also zur Zeit des Gaius auch die vom Schuldner aus dem Gewahrsam des Fiduciargläubigers entwandte Sache lucrativ usurecipirt worden seyn.

Das scheint unläugbar, daß, wenn der Fiduciar weiter veräußert hatte, der Fiduciant die Sache nicht ohne furtum an sich nehmen konnte. Aber auch wenn er sie durch irgend ein Rechtsgeschäft von einem dritten Besitzer erlangte, fand die usureceptio fiduciae nicht Statt, weil er nun causam possessionis ipse sibi mutare non poterat. Und so ergiebt sich aus einem andern Grunde, daß diese usureceptio, von einigen seltenen Fällen abgesehen, doch nur gegen den Fiduciar zur Anwendung kommen konnte.[120])

Daß man die usureceptio fiduciae gegen den noch unbefriedigten Gläubiger lucrativa nannte, hat offenbar einen etwas andern Sinn als die gleiche Bezeichnung der pro herede usucapio. Bei dieser wurde dem Erben das Eigenthum, welches er sowohl universell als an der einzelnen Sache als solcher hatte, wissentlich entzogen; durch die usureceptio verlor dagegen der Gläubiger eigentlich nur seine durch die Eigenthumsklage zu schützende Pfandbefugniß, auf welche direct sich die Usu-

---

an der einzelnen Sache als solcher, der Fiduciar bloß seine Pfandbefugniß.

120) Der Fiduciant war übrigens wegen der Veräußerung durch die actio fiduciae gesichert, welche nur dann nicht Statt fand, wenn der Fiduciargläubiger als solcher rechtmäßig verkauft hatte. Paul. S. R. II., 13. §. 5. 6.

caption gar nicht bezieht. [121]) Im Uebrigen war die letztere lucrativa usucapio weder unbillig, so daß eine Aufhebung derselben jemals hätte Bedürfniß werden können, denn der Fiduciargläubiger konnte sich durch Wahrung seines Besitzes vollständig dagegen schützen, noch mag sie im Leben häufig vorgekommen seyn, wenn auch die Gestalt des Geschäfts, daß man dem Schuldner den Besitz der Sache ließ, ohne Zweifel besonders in der ältern Zeit die häufigere war. Da nämlich die fiducia von der Idee der familia ausging, so war auch wohl die älteste Art ihrer Contrahirung die, sein ganzes Vermögen zur fiducia zu geben, sowie in der Kaiserzeit die erste Form der Hypothek die hypotheca omnium bonorum. Es stimmte dieses auch mit der Natur der stricten Obligation, z. B. des nexum aes, bei welcher die fiducia ursprünglich allein üblich gewesen seyn wird, und die ja ebenfalls die Person als familia ergriff, am besten überein. Gerade in dieser Gestalt aber war es durchaus nothwendig, dem Schuldner den Besitz seiner Sachen zu überlassen, und zu dem Zweck wird damals mit jeder fiducia zugleich ein precarium verbunden worden seyn, welches auch zu dem Verhältniß der Clienten

---

121) Das Eigenthum des Fiduciargläubigers hatte ganz dieselbe Bedeutung, wie der Besitz des Pfandgläubigers in der ältern Zeit — als nothwendige Bedingung der Ausübung des Pfandrechts zu dienen. Auch entzog ihnen ziemlich gleichmäßig der jährige Besitz eines Andern mit der formalen Einkleidung ihres Pfandrechts dieses selbst, dem Fiduciar durch Usucapion seine rei vindicatio, dem pignoratitius durch den längeren Besitz das interd. utrubi.

gegen ihre Patrone, die ja regelmäßig auch ihre Creditoren waren, sich sehr wohl schickte. In der zweiten Periode (nach Vertreibung der Könige) mag es aufgekommen seyn, auch bloß sein Landgut nebst Inventarium, oder sein Haus mit Zubehör zur fiducia zu geben, und nun wurde auch wohl die Sicherung des Gläubigers durch eine zu niedrigem Zins abgeschlossene locatio üblich. Als man endlich die fiducia auch auf einzelne, besonders auch bewegliche Sachen anwandte, was schon in der dritten Periode am häufigsten geschehen seyn wird, kam das weitere Sicherungsmittel hinzu, daß der Gläubiger sich den Besitz der Sache übertragen ließ. Es weiter zu verfolgen, wie die von den entgegengesetzten Polen des Aeußerlichen und Innerlichen ausgehenden Institute des pignus und der fiducia in ihrer Bewegung gegen einander sich immer mehr ausglichen, gehört nicht hierher, sondern in eine Geschichte des Pfandrechts.

Hierher gehört aber noch folgende Stelle aus Julians lib. 13. Dig. L. 16. D. de obl. et act. (44, 7.): Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat et precario rogavit, precario possidet. nam servus hereditarius sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati adquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit. Nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati acquiret. Haec ita, si peculiare negotium contractum est; nam ex hac causa etiam

possessio acquisita intelligi debet. Nach diesem ihrem gegenwärtigen Laute ist die Stelle sinnlos, wie es denn auch keinem der zahlreichen Erklärungsversuche — man vergleiche außer der Glosse Cuiacius ad h. l. Chesius differ. iur. c. 89. (Iurispr. Rom. et Att. T. II. p. 872.), Jos. Fern. de Retes Opusc. 1., 13. (Thes. Meermann. T. VI. p. 53.), Pothier Pand. Iust. XLIII., 26. n. 8. — gelungen ist, sie mit sonst anerkannten Rechtsgrundsätzen zu vereinigen. Da sie nämlich im Sinne des Justinianischen Rechts auf die Usucapion einer res b. f. possessa bezogen werden muß, so sieht man nicht ein, warum der Besitzer in gutem Glauben, der dem Erbschaftssclaven die Sache für ein von ihm empfangenes Darlehen verpfändet und sie von ihm precario erhalten hat, nicht nach gewöhnlichem Rechte (L. 36. D. de acquir. poss. 41., 2.) fortfahren sollte zu usucapiren. Nimmt man an, die Sache sey eine Erbschaftssache gewesen, so ist dieses theils reine Willkühr, theils würde dann die Usucapion nicht erst, wie Julian sagt, durch den Empfang als Precarium, sondern schon durch das Hingeben zu einem nichtigen Pfande unterbrochen worden seyn. L. 33. §. 5. D. de usurp. (41., 3.) L. 29. D. de pign. act. (13., 7.). Endlich passen zu der ganzen Voraussetzung die Worte proprietatem acquirit nicht, da das Pfand zumal an einer res b. f. possessa kein Eigenthum überträgt. Alle Schwierigkeiten heben sich dagegen, wenn man ein gewöhnliches Emblem annimmt, wodurch die Compilatoren hier freilich aus Gedankenlosigkeit eine Albernheit in ihr Rechts-

buch gebracht haben. Statt pignoris causa ei tradiderat hatte Julian fiduciae causa ei mancipaverat, statt per traditionem — mancipio geschrieben und überhaupt die usureceptio fiduciae vor Augen. Es fragte sich, ob, wenn Jemand für ein von einem Erbschaftssclaven aufgenommenes Darlehn demselben eine Sache zur Fiducia mancipirt und sich den Besitz derselben bittweise zugestehen läßt, auch dieses ein gültiges Precarium sey, welches seine usureceptio hindere? Dagegen scheint zu sprechen, daß der Besitz weder vom Sclaven noch von der Erbschaft erworben, also auch nicht wieder dem Schuldner precario zugestanden werden konnte. Auch hat der Sclav als solcher kein Recht der Administration und kann deshalb eine seiner Herrin, der Erbschaft, gehörige Sache nicht in fremden Gewahrsam überlassen. Allein der Jurist entscheidet für die Gültigkeit des Precarium, vorausgesetzt nur, daß der Sclav mit dem Darlehen ein Peculiargeschäft vornahm und demgemäß auch die Fiducia in sein Peculium bekam. Denn erstens kommt es beim Zugeständniß zum Precarium nicht darauf an, daß der Zugestehende Besitzer sey, wenn er nur Eigenthümer ist (L. 18. D. de precar. [43., 26.] L. 21. D. de acquir. poss. [41., 2.]), und das Eigenthum hat doch der Sclav der Erbschaft durch mancipio acceptio jedenfalls erworben. Sodann aber steht dem Sclaven, der ein Peculium hat, die Administration desselben zu, wohin eine solche Zugestehung des Precarium bei pignori oder fiduciae acceptio ebensowohl gehört, wie das Commodat oder Depositum einer peculiaren

Erbschaftssache, wodurch er ohne Zweifel der Erbschaft die actio commodati oder depositi erwirbt. Ja auch den Besitz muß man unter Voraussetzung eines Peculiargeschäfts der Erbschaft an der vom Sclaven empfangenen Fiducia zuschreiben — obgleich eine Erbschaft eigentlich nicht besitzen kann —, weil zum Besitzerwerb durch Sclaven an Peculiarsachen Wissenschaft des Herrn nicht erforderlich ist (L. 44. §. 1. D. de acquir. poss. 41., 2.) und auch außerdem die bloße civilis possessio (nicht auch die possessio schlechthin, weil sie unmittelbar facti et animi est, weßhalb eine Erbschaft keinen Diebstahl und keine zu den Interdicten berechtigende Dejection oder Störung erleiden kann, L. 1. §. 15. si is qui testam. lib. 47., 4.) für Erbschaften da, wo es keines positiven Actes zum Heben derselben bedarf, wie bei der Fortsetzung des vom Erblasser erworbenen Besitzes und in andern Fällen, anerkannt ist. L. 11. §. 2. L. 29. D. de captiv. (49., 15.) L. 44. §. 3. 7. L. 20. L. 31. §. 5. L. 40. D. de usurp. (41., 3.).[122])

122) Durch meinen Freund Rudorff bin ich darauf aufmerksam gemacht worden, daß schon Arndts, Beiträge Hft. 1. S. 208 flg. (1837), die Sinnlosigkeit der L. 16., so wie sie in Justinians Pandekten steht, und die ursprüngliche Fassung und Beziehung derselben nachgewiesen hat. Der Uebereinstimmung mich freuend, habe ich mich doch nicht entschließen können, meine Ausführung unter bloßer Verweisung auf die Arndts'sche Abhandlung zu unterdrücken, weil im feineren Detail sowohl der Restitution als der juristischen Auffassung Abweichungen übrig bleiben und mir meine Erklärung die richtigere scheint. Bemerken will ich nur, daß auch pignoris Emblem statt fiduciae ist. Denn man kann wohl einmal sagen fiducia pignoris causa contrahitur, um sie von der cum amico zu unterscheiden, nicht aber

Die Freundes-Fiducia deckt sich ihrem Zwecke nach bei weitem nicht in dem Maaße mit dem Depositum, wie die Pfand-Fiducia mit dem Pignus. Sie wurde, anfangs auch wohl für das ganze in körperlichen Sachen bestehende Vermögen, dann bloß für Grundstücke mit Zubehör und endlich auch für bewegliche Sachen abgeschlossen, wenn der Eigenthümer, dem eine lange Abwesenheit bevorstand, sie vor juristischen Gefahren, z. B. Usucapion, sicherstellen wollte, während das Depositum factische Gefahren, Diebstahl, Wegkommen u. s. w., abwehren wollte. Sie wird in der Regel mit Uebertragung der Detention verbunden gewesen seyn.

Eine Fiducia zum Zwecke der Gebrauchsüberlassung wird nicht erwähnt und gab es auch gewiß niemals. Dieser Zweck war zu ausschließlich factischer Natur, als daß eine Uebertragung des Eigenthums der Sache von der familia aus jemals hätte Bedürfniß werden können.

C. Die usureceptio ex praediatura.

Unsere einzige Quelle über diese dritte Art der Usucapion, durch welche man wissentlich eine fremde Sache erwirbt, ist auch wieder

> Gai. 2., 61. Item si rem obligatam sibi populus vendiderit, eamque dominus possederit, concessa est usureceptio: sed hoc casu prae-

---

auch pignoris causa mancipio dare, weil auf dem Gebiete der Geschäfte zur Sicherung eines Gläubigers pignus als bloßes Besitzpfand gerade den Gegensatz der fiducia ausdrückt. Gai. 2., 59. 60.

dium biennio usurecipitur. et hoc est, quod vulgo dicitur, ex praediatura possessionem usurecipi. nam qui mercatur a populo, praediator appellatur.

Doch dürften die uns anderweit bekannten Rechtsverhältnisse der Prädiatur, wovon in den Richterschen kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft Bd. 5. S. 605. gehandelt worden ist[123]), es uns möglich machen, auch die Gründe dieses eigenthümlichen Rechtssatzes aufzufinden.[124])

Am angeführten Orte ist gezeigt, daß der manceps und praes dem Volke auf die besondere Weise hafteten, daß nicht bloß, wie in privatrechtlichen Contracten, die Person selbst, sondern auch ihr Vermögen, mit Einem Worte also der Bürger, wie er im Census und in der Centurienverfassung einen Staatsbestandtheil bildete, von der Obligation ergriffen wurde, weßhalb man sein Vermögen bona praedia nannte, wie ihn selbst praes. Ohne Zweifel konnte also auch als manceps oder praes, wie durch votum (denn Staat und Götter stehen einander dem Bürger gegenüber im Rechte gleich) nur ein civis paterfamilias pubes sich verpflichten.[125]) Damit aber

123) Die von Bachofen das Nexum S. 88 flg. hiergegen gemachten Ausstellungen kann ich in keinem Stücke anerkennen; es ist aber hier nicht der Ort, sie zu widerlegen.

124) Ganz ungenügend und zum Theil irrig ist, was Zachariä l. c. p. 33. über diese usureceptio sagt.

125) L. 2. §. 1. D. de pollicit. (50., 12.) Ulpian: Voto autem patresfamiliarum obligantur puberes, sui iuris: filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto

der Staat hinsichtlich der bona praedia auch gesichert wäre, es mit hinlänglich begüterten Leuten zu thun zu haben, mußte manceps und ebenso auch jeder praes unvergängliche werthvolle Sachen, gewöhnlich Grundstücke, in einer von ihm zu unterschreibenden Urkunde dem Aerar nachweisen (praedia obligare, subsignare). Hierin lag nicht etwa eine besondere Verpfändung dieser Sachen im Sinne des gewöhnlichen spätern Pfand- und Hypothekenrechts, sondern diese obligatio praediorum war nur die zugleich das Vermögen ergreifende Obligation des manceps oder praes selbst, mit besonderer Hervorhebung der bezeichneten Sachen, der Staat hatte also auch bloß das Recht, diese Obligation geltend zu machen, die, wie jede, gegen die familia, d. h. die Person — hier nur zusammen mit dem Vermögen —

---

non obligantur. Zum Beweise, daß dieselben Grundsätze auch für die Redemtionen der Publicanen galten, dient eine bisher noch unverstandene Stelle bei Cic. Verrin. lib. 1. c. 54. §. 142. c. 56. §. 148., wonach einem Pupillen, selbst wenn er einen redemtor sartorum tectorum beerbt hatte, und es sich bei der Uebergabe fand, daß das Werk nicht contractmäßig hergestellt war, weßhalb eine abermalige Verpachtung des Werks auf Kosten des bisherigen Redemtor nothwendig wurde, nicht gestattet war, diese neue redemtio zu übernehmen, obgleich sonst in bonis praedibus praediisque vendendis, wie man dergleichen neue Locationen nannte, weil zunächst nicht das opus faciendum selbst, sondern die Rechte des Staats gegen die bisherigen (manceps und) praedes (wie anderwärts die vectigalia, ausstehende Kaufgelder u. s. w.) und nur nebenher das opus perficiendum Gegenstand der neuen locatio waren, nach alter Gewohnheit der Magistrate der bisherige Redemtor selbst das Vorkaufsrecht hatte. Cicero kann diesen Grundsatz nicht läugnen, geht aber eben so geschickt als leise über ihn hinweg, um nicht dem Verres wenigstens die formelle Berechtigung zu seinem Verfahren zugestehen zu müssen.

ging, und nur darin verlieh ihm die Hervorhebung der subsignirten Sachen eine eigenthümliche Art der Geltendmachung dieses Rechts, daß, während sonst nur der Verkauf der familia pecuniaque im Ganzen (sectio bonorum) gestattet war, er sich nun an diese einzelnen Sachen besonders halten, d. h. sie allein verkaufen konnte, vielleicht auch, wenn sie hinreichten, es mußte und zum wenigsten aus Schonung gegen den Schuldner es gewöhnlich that. Im Uebrigen ist wohl anzunehmen, daß, auch wenn eine solche Subsignation nicht geschehen war, dem Staat es wenigstens später freistand, einzelne Sachen des Schuldners kraft seiner obligatio praedis zu verkaufen, weil, wenn er dieses Recht gegen die ganze familia pecuniaque hatte, es ihm auch gegen deren einzelne Stücke zustehen mußte. Wenn er nun aber die einzelne res obligata verkaufte, so leuchtet aus dem Gesagten selbst hervor, daß er nicht sowohl die einzelne Sache als solche, sondern nur insofern sie familia war, veräußerte, weil gegen diese allein sein Recht ging. War also der Präs selbst ohne capitis deminutio, d. h. ohne Verkauf seiner Person in die Fremde, seiner familia pecuniaque im Römischen Staat, selbst davon gekommen und somit seine familia unversehrt geblieben und kam er in den Besitz seines verkauften Grundstücks, so stand ihm eine usureceptio ohne weiteren Titel und ungeachtet er das Sachverhältniß wohl kannte, aus ähnlichen Gründen zu, wie dem Fiducianten, nämlich weil die familia als solche unveräußerlich war und er folglich den Titel in sich selbst hatte und für diesen nur zu sich selbst im

Verhältniß stand. Doch unterschied sich dieser Fall von der fiducia dadurch, daß keine lex fiduciae das Recht der familia in der Sache ihm vorbehalten hatte; daher konnte er bei Ergreifung des Besitzes nicht behaupten, sie von der familia aus in Besitz zu nehmen, sondern nur wie sie bei dem Prädiator oder dessen Successoren war, als einzelne Sache, und somit erforderte die usureceptio eines Grundstücks (dieses ist bei Gaius mit possessio gemeint) ex praediatura stets zwei Jahre. Ob übrigens gegen den Prädiator selbst oder dessen Successor usucapirt wurde, war natürlich gleichviel, nur durfte das Grundstück seit der Lex Iulia et Plautia nicht res vi possessa und auch nicht durch einen andern Titel erlangt seyn.

Im Justinianischen Rechte hat sich, wie fast von dem ganzen ius praediatorium, so auch von der usureceptio ex praediatura keine Spur erhalten. Dagegen scheint ein derselben verwandter Grundsatz in folgender Stelle aus Scävola's viertem Buche der Digesten vorzukommen:

L. 9. D. de resc. vendit. (18., 5.) Fundus, qui Lucii Titii erat, ob vectigale Reipublicae veniit: sed cum Lucius Titius debitor professus esset, paratum se esse vectigal exsolvere solidum, cum minore venisset fundus, quam debita summa esset, Praeses provinciae rescidit venditionem, eumque restitui iussit Lucio Titio. Quaesitum est, an post sententiam Praesidis, antequam restitueretur, in bonis Lucii

Titii fundus emptus esset? Respondit, non prius quam emptori pretium esset illatum, vel, si pretium nondum esset ab emptore solutum, in vectigal satisfactum esset.

Nach den Voraussetzungen des Falles war das Grundstück des Lucius Titius, welcher einer städtischen Kämmerei irgend ein Vectigal schuldete, dafür nicht verpfändet, sondern es wurde kraft der obligatio vectigalis verkauft, hinsichtlich deren für die Municipien ohne Zweifel ein ähnliches Recht galt, wie für das Römische Volk. [126]) Zweierlei ist nun in der Stelle auffallend: daß der Schuldner das, jedoch nur durch obrigkeitliche Rescission des Kaufcontracts geltend zu machende Einlösungsrecht seines Grundstücks alsdann hatte, wenn dessen Erlös die Schuld nicht deckte und er sich zu deren völligen Abtragung bereit erklärte, und daß das Grundstück nach geschehener Aufhebung des Contracts schon vor der Restitution des Besitzes wieder in bonis des Schuldners seyn soll, sobald entweder dem Käufer sein Kaufgeld zurückgezahlt, oder, wenn er es noch gar nicht gezahlt hatte, die Kämmerei wegen ihres Zollanspruchs befriedigt ist. Das Erstere liegt nämlich weder in den Grundsätzen der Verpfändung, noch in denen der gewöhnlichen Execution: das Zweite scheint damit unverträglich, daß das durch einen an sich gültigen Verkauf übergegangene Eigenthum auch im Falle der Einlösung

126) Dieses sieht man unter Anderem auch aus der Lex pariete faciundo Puteolana.

nur durch Tradition wieder an den Verkäufer zurückkommen kann. Beides aber dürfte sich im Zusammenhange mit den Rechtssätzen leicht erklären lassen, auf denen auch die usureceptio ex praediatura beruhte. Wenn nämlich der Staat eine Sache seines Schuldners eigentlich nur als familia desselben verkaufte und dadurch doch dessen Schuld nicht vollständig getilgt wurde, so war die beabsichtigte Erleichterung für denselben — Abwendung der sectio bonorum — nicht erreicht, mithin auch die durch den formell freilich gültigen Verkauf geschehene Ablösung der einzelnen Sache von der familia materiell nicht begründet, und die Billigkeit erforderte es, daß, wenn der Schuldner nun noch die ganze Schuld bezahlte, der Verkauf rescindirt werden mußte. Dieses geschah denn aber auch eben, weil der Verkauf selbst sich nicht als begründet erwies, nach dem Ausdruck der Neuern ex tunc, mit Vernichtung des durch die Addiction sub hasta geschehenen Eigenthumsübergangs, nur freilich unter der Voraussetzung, daß auch weder gegen den Käufer noch gegen den Staat eine Unbilligkeit begangen würde, d. h. daß, wenn der Käufer schon gezahlt hatte, ihm das Kaufgeld restituirt, oder, wenn er noch nicht gezahlt hatte, der Staat wegen seines Anspruchs befriedigt worden sey. Weil nun aber die obrigkeitliche Sentenz kein Quiritarisches Eigenthum geben konnte, so erlangte der Schuldner durch dieselbe vor geschehener Remancipation seines Grundstücks nur das in bonis esse.

VIII.

Ueber die actio prohibitoria.

Von

Herrn Dr. W. Stephan,

Privatdocenten zu Göttingen.

Herr Prof. Zachariä von Lingenthal hat unlängst in dieser Zeitschrift [1]) die neue Ansicht aufgestellt, daß den bekannten dinglichen Klagen des Römischen Rechts noch eine andere anzureihen seyn werde, welche den bisherigen Interpreten desselben entgangen sey, nämlich eine actio prohibitoria, von welcher sich in l. 11. D. si servitus vindicetur und in l. 5. pr. D. se ususfr. petatur eine Andeutung, und in einem Basilikenscholion von Stephanus zu der letztern Stelle eine unzweifelhafte Nachweisung finde. Er behauptet und sucht auszuführen, daß diese Klage noch practisch sey, und bestimmt

1) Bd. XII. S. 258—288.

ihr Verhältniß zu der actio negatoria dergestalt, daß sie in ihrer Anwendung auf der einen Seite weiter, auf der andern Seite nicht so weit reiche, als diese. Es ist leichter, neue und geistreiche Forschungen zu stören, als sie anzustellen. Mit diesem bescheidenen Bewußtseyn und dieser Anerkennung sey es mir gestattet, jener Ansicht die Würdigung zu widmen, welche ihr bis jetzt, so viel ich weiß, noch nicht zu Theil geworden ist, sey es auch, um ihre Widerlegung zu versuchen.

Von den beiden Digestenstellen, in denen der genannte Gelehrte die Andeutung einer actio prohibitoria fand, schließt die erstere, verglichen mit l. 3. §. 1. D. de O. N. N., die Auslegung nicht aus, daß darin lediglich nach der Anstellung eines prohibitorischen Interdicts neben der Servitutenklage gefragt wird. Daselbst wirft nämlich Marcellus die Frage auf:

> An unus ex sociis in communi loco invitis caeteris iure aedificare possit, id est, an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri, ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint, ius sibi prohibendi esse, vel illi ius aedificandi non esse; et si aedificatum iam sit, num possint cum eo ita experiri, ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur.
>
> Et magis dici potest, prohibendi potius, quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur, ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus

dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.

In der hiermit zu vergleichenden l. 3. §. 1. D. cit. entscheidet Ulpian dieselbe Frage so:

Plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi dividundo iudicio, vel per Praetorem.

Dadurch wird einerseits die Auslegung der erstern Stelle bestätigt, daß dort die Anwendung der actio negatoria dem Socius stillschweigends abgesprochen wird, — ohne Zweifel aus dem von Zachariä angegebenen [2]) Grunde, weil die Befugniß zu bauen an und für sich in dem Miteigenthum begründet ist —; auf der andern Seite aber die Meinung sehr zweifelhaft, als sey das in der erstern Stelle dem Socius zugestandene ius prohibendi ein in der Art seiner Geltendmachung verschiedenes Recht von dem in der letztern ihm anheimgegebenen prohibere per Praetorem. War, wie im vorliegenden Falle, die Privatnuntiation ausdrücklich ausgeschlossen, so blieb dem Socius noch übrig, bei dem Prätor ein prohibitorisches Interdict nachzusuchen, wie dieses umgekehrt der Nuntiirte auswirken konnte, falls er dem Nuntianten eine satisdatio bestellt hatte. [3]) Daß nun der Nuntiant in der That bei diesem Verfahren gedacht wird als Kläger, mochte er nun schon eine Privatnuntiation

---

2) a. a. O. S. 284.

3) l. 20. §. 9—12.; l. 5. §. 20. D. de O. N. N.

vorgenommen, oder nach geleistetem Calumnieneide eine Nuntiation durch den Prätor veranstaltet haben [4]); daß er zu dem Zwecke der Erwirkung eines Interdicts sein ius prohibendi nachzuweisen hatte; daß in l. 21. pr. D. de O. N. N. Ulpians Ausdruck: Stipulatio de operis novi nunciatione interponi solet, quotiens vicinus dicit, ius sibi esse prohibendi vicinum opus novum invito se facere — von einem Klagantrage zu verstehen sey — dieß eben bestreitet Zachariä, um eine eigene actio prohibitoria daneben übrig zu behalten — dieß scheint gewiß, da andere Stellen mit Nothwendigkeit darauf schließen lassen, daß eine derartige Intentio den Grund der Klage des Nuntianten gebildet habe;

> Nunciamus autem, quia ius aliquod prohibendi habemus vel ut damni infecti caveatur nobis (l. 1. §. 17. D. de O. N. N.).

Nicht nur sagt Ulpian in l. 1. §. 6. eod.:

> In operis novi nunciatione possessorem adversarium facimus;

nicht nur denkt er sich gleich weiterhin ganz deutlich den Nuntianten als Kläger dem Nuntiaten gegenüber:

> Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo Digestorum, si post opus novum nunciatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceret, an danda sit conventionis exceptio;

sondern daß jenes: vicinus dicit, ius sibi esse pro-

---

4) l. 5. §. 14. D. eod.

hibere vicinum — als die wirkliche Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens von Seiten des Nuncianten aufzufassen sey, scheint um so mehr außer Zweifel, als Ulpian in §. 2. anknüpft:

> Habet autem ista stipulatio conditionem, ut ita demum committatur, si iudicatum fuerit, sive ante rem iudicatam causa quae acciderit, neque res defendatur —

ohne der Anstellung einer anderweitigen Klage zu erwähnen, deren Entbehrlichkeit auch auf den ersten Blick einleuchtet. Im Einklange mit diesen Stellen überhebt uns die l. 28. D. commun. divid., in der Papinian denselben Fall der l. 3. §. 1. D. cit. behandelt, der Annahme einer von jenem prohibitorischen Interdict verschiedenen actio prohibitoria, wiewohl Zachariä jene als einen Beleg für seine Ansicht anführt.

> Sabinus ait, in re communi neminem dominorum iure facere quisquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a sociis, ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, quum prohibere poterat, hoc praetermisit, et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit.

Freilich, wenn ein opus erst bevorsteht, kann der Miteigenthümer prohibitorisch klagen — denn aus l. 3. §. 1. D. cit. erfuhren wir, daß eine Privatnuntiation nicht

statthaft sey—: allein Nichts nöthigt uns zu der Annahme einer eigenen actio prohibitoria. Denn Nichts hindert uns, anzunehmen, daß auch diese Stelle ihn auf ein prohibitorisches Interdict anweise. Daß er nach Unterlassung dieser Prohibition (per Praetorem) nun nicht auf Wegnahme des inzwischen vollendeten Werks klagen kann, ist einerseits eine einfache Anwendung der in l. 1. §. 10. D. cit. gegebenen Regel, daß die wirksame Anstellung eines restitutorischen Interdicts vereitelt wird durch die Einrede der Uebereinkunft, die ebensowohl eine ausdrückliche, als eine stillschweigende seyn kann, und daß die letztere ohne Zweifel anzunehmen ist, wenn unter Fremden [5]), wie viel eher, wenn unter Sociis der Eine den Andern in Beziehung auf die gemeinschaftliche Sache ohne Einsprache eine Vorkehrung treffen läßt — die Rücksicht, welche dafür entschied, im letztern Falle selbst eine Privatnuntiation nicht für vollwirksam zu erachten. Andererseits ist die angebliche Eigenthümlichkeit der actio prohibitoria, wonach sie beschränkt seyn soll auf einen noch nicht vollendeten Bau oder Ruin, worin ein Eingriff in ein fremdes Eigenthumsrecht liegt [6]), keine andere, als die in l. 1. §. 1. D. de O. N. N. hervorgehobene:

> Remedium operis novi nunciationis adversus futura opera inductum est, non adversus praeterita, hoc est, adversus ea, quae nondum

---

5) l. 3. §. 2. D. quod vi aut clam. l. 1. §. 9. 10. eod.

6) Zachariä a. a. O. S. 282.

facta sunt, ne fiant; nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de operis novi nunciatione.

An die Stelle des prohibitorischen Interdicts tritt im letztern Falle ein restitutorisches.

Auch in dem andern Falle — der l. 9. §. 5. D. de damn. infecto, wo Ulpian sagt:

Celsus certe scribit, si aedium tuarum ususfructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere aut Titiam satisdare debere; quodsi in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. Idem ait, eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum; ergo et si de damno infecto non cavet dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.

vermag ich weder die buchstäbliche Andeutung einer actio prohibitoria, noch einen Fall, da sie als ein practisches Bedürfniß sich darstellte, zu entdecken. [7]) Wenn nach Zachariä das charakteristische Merkmal dieser Klage, wie der a. negatoria, darin bestehen soll, die negative Seite des Eigenthums zu vertreten: so ist klar, daß in dem Falle jener Stelle dieser Gesichtspunct einer Ausschließung fremder Anmaßung kraft des Eigenthumsrechts gar nicht paßt, — denn des Usufructuars Recht steht fest, wenngleich ihm in l. 10. eod. die fructus petitio

---

7) Zachariä a. a. O. S. 284. 285. 278.

versagt wird —, sondern daß der hiervon ganz verschiedene Gesichtspunct anzuwenden ist, der dem Edict über das damnum infectum zum Grunde liegt, und mit welchem die bei einer actio prohibitoria etwa zu denkende Verweisung des Klägers mit seiner intentio, si paret, mihi ius prohibendi esse, an den iudex zur Zeit des ordo iudiciorum privatorum kaum verträglich erscheint. Es gilt hier nur die schleunigste Abwendung des Gefahr drohenden Einsturzes.[8]) Will nun der Usufructuar nicht ausbessern, so kann, sagt jene Stelle, der bedrohte Nachbar eine missio in possessionem erhalten, deren Wirkung die ist, daß dieser nun den Erstern an seinen usufructuarischen Dispositionen hindern darf. Genau die nämliche Befugniß wird dem Eigenthümer zugesprochen, dem, im Fall einer Weigerung des Usufructuars, die cautio damni infecti obliegt. Ein prohibitorisches Interdict ist das Rechtsmittel, dessen Verfahren zu solchem Zwecke eingerichtet ist und vollkommen ausreicht.

Daß indessen dieses mit der operis novi nunciatio Hand in Hand gehende, oder, wie im letztern Falle, ohne sie anwendbare Interdict, nicht mit demselben Rechte, wie in der l. 11. D. si serv. vind., anzunehmen sey in der l. 5. pr. D. si ususfructus petatur, zeigt sich alsbald. Ulpian sagt daselbst, die confessorische Klage auf Erlangung eines Nießbrauchs habe nur der Nutznießer, nicht auch der Eigenthümer der Sache selbst zum Zwecke

8) l. 1. D. eod.

der ihm kraft Eigenthums zustehenden, jedoch etwa verwehrten Fruchtziehung, und fährt fort:

> Quanquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno, quum invito se negat ius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi.

Diese Stelle und das Basilikenscholion des Stephanus dazu bildet die Hauptstütze der Annahme einer eigenen actio prohibitoria bei Zachariä.

War es in der ersten der von ihm angeführten Stellen die Frage, ob diese Klage nicht sich auflöse in das Edict über die operis novi nunciatio oder über das damnum infectum: so entsteht hier die andere Frage, ob dieselbe nicht zusammenfalle mit der actio negatoria. Auch diese Frage ist meiner Ansicht nach zu bejahen.

In der angeführten Stelle beziehen sich die Schlußworte „quum — negat esse ius utendi fructuario“ und „vel sibi ius esse prohibendi“ gleichmäßig auf die in dem Vordersatze genannte actio negativa. Sie ist der jenen Formeln gemeinsame Begriff, wie sich aus der ganzen Haltung des von Ulpian ausgedrückten Gedankens erkennen läßt. Das Scholion dazu unterscheidet zwar im Eingange eine dreifache Formel zur Verfolgung dinglicher Klagerechte, deren Gegenstand etwas Unkörperliches ist: die confessorische, die negatorische und die prohibitorische. Die zweite lautet: *εἰ φαίνεταί σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ οὔτι φρουι ἰνβιτο μέ*; die

dritte —: εἰ φαίνεται με δίκαιον ἔχειν τοῦ κωλύειν σε τοῦ ὀντι φρονι. Weiterhin erhellt aber, daß diesen beiden Formeln eine einzige intentio zum Grunde liegt.

Quamvis enim, so übersetzt Zachariä, negatoria formula competit proprietario adversus eum, qui se usufructuarium dicit, et proprietarius, qui negatorie agit, sic intendit: si paret, tibi non esse ius uti frui, et quodammodo non ex suis iuribus, sed ex debilitate adversarii victoriam sibi parat, tamen *ea* sequentibus verbis formulae ***ostenditur eum recte intendisse.***

Nam dum dicit: si paret tibi non esse ius uti frui invito me, vel sic: si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui, docet se dominum esse.

Hiermit ist, wenn ich die Worte recht verstehe, folgende Ansicht des Scholiasten ausgesprochen: Es scheint auf den ersten Anblick seltsam, wenn der Eigenthümer mit der negatorischen Formel klagt: si paret, tibi non esse ius uti frui; wie wenn der Eigenthümer der Nachweisung seines Klagerechts völlig überhoben und seines Erfolges schon sicher sey, sofern nur der Beklagte den Beweis seiner Berechtigung nicht führe. Wiewohl dieß sich nicht so verhalte, so entspreche dennoch jene Formel „si paret, tibi non esse ius uti frui“ der Intention des Klägers vollkommen. Denn wie sie richtig zu verstehen sey, dieß geben die folgenden Worte der Formel anheim: (vel si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui), d. h. der mit der negatorischen Klage Auf-

tretende habe sein Eigenthum darzuthun, als auf welches sein ius prohibendi sich gründe. Von einer verschiedenen practischen Richtung jener beiden Wortfassungen der Formel aber keine Andeutung. Gesetzt, eine solche sey unnachweislich; wird Jemand deßhalb zu der Ansicht hingedrängt seyn, daß die Prätoren bloße Stylübungen angestellt haben?[9]) Ich glaube, selbst Zachariä nicht, dessen Scharfsinn ihn in der analogen Uebertragung der Publicianischen Fiction auf die negatoria formula einen logischen Fehler entdecken läßt [10]), sofern nämlich in einer derartigen Formel: Si quem fundum A. A. emit, et is ei traditus est, tum si in eo fundo ire agere ius N. N. non esset — überall kein Causalzusammenhang zwischen der bona fidei possessio des A. A. und der Nichtberechtigung des N. N. in die Augen springe. Ein solcher Zusammenhang ist es eben, dessen Vermissen der Prätor in der negatorischen Formel überhaupt besorgte; und dieß der Grund, weßhalb er sie umschreiben mochte durch den Zusatz „vel si paret, mihi ius esse prohibendi te uti frui“: ohne daß jedoch, wie der Scholiast bemerkt, die negatorische Formel „si paret, tibi non esse ius uti frui invito me“ als verfehlt sich darstelle (tamen ea — sequentibus verbis formulae ostenditur eum recte intendisse). Diese Bemerkung sollte offenbar für den ganzen Umfang der negatoria actio gelten, und würde, wenn sie die

9) Zachariä a. a. O. S. 276.
10) a. a. O. S. 287.

Annahme einer eigenen actio prohibitoria rechtfertigte, der a. negatoria gar keine Sphäre der Anwendung übrig lassen. So wie nun jener Zusatz lediglich bestimmt war, das Auffallende und, wenn man will, logisch Fehlerhafte, ja selbst vielleicht in practischer Hinsicht Verwirrende (sofern der Kläger sich des Beweises seines Eigenthums überhoben glauben konnte) der negatorischen Formel zu beseitigen: so möchte nach dieser in dem prätorischen Edict selbst gegebenen Verständigung gegen deren Anwendbarkeit auf das Publicianische Klagerecht Nichts mehr zu erinnern seyn.

Hiermit fällt die practische Bedeutung einer von der actio negatoria verschiedenen actio prohibitoria hinweg.

Demnach ist das Resultat meiner Auseinandersetzung folgendes: Entweder soll die Formel: sibi ius esse prohibendi — die Intention einer dinglichen Klage stützen: dann fällt sie mit dem Begriffe der negatoria actio zusammen, und der Gewinn der Untersuchungen Zachariä's bestände darin, zur Anerkennung gebracht zu haben, daß, streng genommen, die Bezeichnung einer actio prohibitoria richtiger und passender gewesen seyn möge, als die herrschende der actio negatoria. Oder jene Formel ist zu beziehen auf einen Antrag des Berechtigten vor dem Prätor zum Behufe außerordentlicher Rechtshülfe: dann fällt sie zusammen mit dem interdictum prohibitorium, sey es, daß man den Fall einer operis novis nunciatio oder eines damnum infectum,

abgesehen von einer O. N. N., vor Augen gehabt habe. Es ist so wenig durch die Aufzeigung einer Lücke im practischen Rechte, als durch die buchstäbliche Interpretation der angeführten Stellen und des Basilikenscholions die Rechtfertigung der Annahme einer eigenen actio prohibitoria erbracht.

IX.

Ueber die Litiscrescenz.

Von

Rudorff.

I. Rechtlicher Character.

Seit den ältesten Zeiten erscheint im römischen Recht eine Familie von Klagen, jetzt von Manchen mit dem Namen der Litiscrescenzfälle bezeichnet, welche durch das Zusammentreffen einiger überaus merkwürdiger Rechtseigenthümlichkeiten ausgezeichnet ist, deren Erklärung neuerdings wiederholt versucht, jedoch, wie es scheint, noch nicht vollständig gelungen ist [1]).

Indem ich jene Klagen einer neuen Erörterung un-

1) Die neuesten Schriften sind: Carl Sell, von den causis, ex quibus infitiatione lis crescit in duplum; Jahrbücher, Band II. Num. 1. S. 1—64. Num. V. S. 175—251 (1843). Ph. Ed. Huschke über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht (1846) S. 175—212. Desselben, kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII. Num. 5. (1846) S. 256 bis 284.

terziehe, will ich mit der Angabe der ihnen eigenthümlichen Rechtsregeln beginnen.

Es sind folgende drei:

Erstens. Die Klage ist auf das Einfache gerichtet, dennoch tritt die Verurtheilung auf dieses Einfache nur ein, wenn der Beklagte den Klaggrund einräumt. Verneint er ihn, so wird die Condemnation auf das Doppelte erhöht. Die römischen Juristen sagen: infitiatione lis crescit in duplum, actio per infitiationem in lite crescit, causa infitiatione duplatur und sondern durch diese (anscheinend auf einem alten Rechtssprichwort beruhende) Bezeichnung unsere Fälle eben so bestimmt von den Klagen, welche von vorn herein und ohne Unterscheidung des Eingeständnisses oder Abläugnens auf das Doppelte gerichtet, mithin unter allen Umständen pönal sind [2]), als von jenen, in welchen erst die hartnäckige Verweigerung der Erfüllung bis zum Urtheil die Condemnation auf ein Mehrfaches nach sich zieht [3]).

---

2) Gaius 4., 173. statim autem ab initio pluris quam simpli actio est velut furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli: nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur pluris quam simpli est actio.

3) L. 1. pr. de publicanis (39., 4.). Praetor ait: QVOD PVBLICANVS ALIVSVE PVBLICANI NOMINE VI ADEMERIT, QVODVE FAMILIA PVBLICANORVM, SI ID RESTITVTVM NON ERIT, IN DVPLVM, AVT SI POST ANNVM AGETVR, IN SIMPLVM IVDICIVM DABO. L. 5. pr. eod. hoc edicto efficitur: ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat: post acceptum vero iudicium nihilo minus poena duret. sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est.

Nur da, wo das Recht für Geständniß und Verneinung des Klaggrundes zwei besondere Klagen ausgebildet hat, eine Confessoria auf das Einfache und eine Negatoria, wie man sie nennen könnte, auf das Doppelte, wie es auf Grund des aquilischen und publilischen Gesetzes geschehen zu seyn scheint, wird die letztere Alternative geradezu als eine actio in duplum bezeichnet und mit den Klagen zusammen gestellt, welche unter allen Umständen auf das Doppelte gegeben werden [4]). Die ganze Verdoppelung aber bringen die Römer unter den Gesichtspunct einer Prozeßstrafe für arglistiges Läugnen, einer poena calumniae et temere litigantium. Damit hängt es zusammen, wenn sie unsere Fälle, die Verneinung vorausgesetzt, unter die gemischten Klagen zählen, mit denen Erhaltung (res) und Vermehrung des Vermögens des Klägers auf Kosten des Beklagten und um diesen für sein widerrechtliches Benehmen zu züchtigen (poena), gleichzeitig verfolgt wird [5]).

Zweitens: In denselben Verhältnissen, in welchen

4) Gaius 3., 127. sponsores ex lege Publilia habent actionem in duplum, quae appellatur depensi. L. 5. C. de lege Aquilia (3., 35.) de pecoribus tuis quae per iniuriam inclusa fame necata sunt, vel interfecta, legis Aquiliae actione in duplum agere potes. §. 23. I. de act. (4., 6.) in duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni iniuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis, item serui corrupti item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est —.

5) Gaius 4., 9. rem — et poenam persequimur velut ex his causis ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus. L. 7. de solut. (46., 3.) si ex causa quae infitiatione crescit vel poenali debetur dicendum est, id solutum videri, quod poenae habet liberationem.

die Klage durch Verneinung auf das Doppelte wachsen würde, ist die Wiederforderung einer bezahlten Nichtschuld, die indebiti condictio, ausgeschlossen, selbst wenn sie der Condicent aus entschuldbarem Irrthum bezahlt haben sollte.

§. 7. Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3., 27.) sic namque definierunt veteres: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse.

Dasselbe gilt natürlich von der Ausstellung einer Schuldurkunde. Wer also in der irrigen Meinung, zur Zahlung einer Summe von tausend Thalern verurtheilt zu seyn, anstatt der Baarzahlung einen Wechsel ausstellt, in welchem er sich verpflichtet, diese Summe an einem bestimmten Tage abzutragen, der kann, nach Entdeckung des Irrthums selbst unter Voraussetzung seiner Entschuldbarkeit, nicht auf Befreiung klagen:

L. 4. C. de cond. indeb. (4., 5.). (Diocl. et Max.) Ea, quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est. Sed et si cautio indebitae pecuniae ex eadem causa interponatur, condictioni (der condictio incerti auf Loszählung von der Schuld) locum non esse constat.

Eine nothwendige Folge dieses merkwürdigen Rechtssatzes ist, daß die ausgeschlossene Condiction auch nicht zur Compensation gegen eine andere Forderung gebraucht werden kann.

L. 2. C. de compens. (4., 31.). (Imp. Antoninus A. Asclepiadae.) Ex causa quidem iudi-

cati [si debitum] solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio eius admitti potest. Eum vero, qui iudicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium est.

Die Worte si debitum im Anfange dieses Rescripts fehlen in manchen Handschriften ganz, in andern ist si mit quidem dergestalt verbunden, daß der Anfang lautet: Si quidem ex causa iudicati solutum repeti non potest; Hollweg schlägt vor: Ex causa quidem iudicati indebitum solutum repeti non potest. Aber das Debitum kann eben so wenig zurückgefordert werden. Mir scheint daher, daß das ganze, wahrscheinlich aus dem Glossem sive indebitum sive debitum hervorgegangene Einschiebsel zu tilgen und der erste Satz: Ex causa quidem iudicati solutum repeti non potest zu lesen ist. Der Sinn ist jedenfalls dieser. Gegen die Klage aus einem Judicat kann man, wie gegen jede andere, Gegenforderungen in Abzug bringen. Dagegen darf man eine Summe, welche man dem Kläger aus einem Judicat bezahlt haben will, unter keinen Umständen gegen andere Forderungen dieses Klägers als Gegenanspruch in Aufrechnung bringen. Denn auch wenn man das Gezahlte nicht schuldig gewesen wäre, würde es an einer compensabeln Gegenforderung fehlen, da aus der Zahlung auf Grund eines Judicats unter keinen Umständen ein Rückforderungsrecht hervorgehen kann [6]).

---

6) Minderjährigen wird durch Restitution geholfen. L. 25. pr. de min. (4., 4.). (Gaius) Illud nullam habet dubitatio-

Alles Dieses gilt eben so unbedenklich in den andern Verdoppelungsfällen.

Wo dagegen das Doppelte oder Vierfache nicht Strafe des Abläugnens im Prozeß, sondern anfängliche und unausweichliche Strafe eines andern Delicts ist, da ist auch im Fall einer Zahlung aus entschuldbarem Irrthume die Rückforderung zulässig. So ist folgende Aeußerung Ulpian's zu erklären:

L. 23., §. 4. de cond. indeb. (12., 6.) (Ulpian. lib. 43. ad Sabinum). Si qua lex ab initio dupli vel quadrupli statuit actionem, dicendum est solutum ex falsa causa eius repeti posse.

Die lex Furia testamentaria z. B. hatte die Annahme eines Legats über tausend Asse mit dem Vierfachen verpönt. Eben so wenn Jemand eine gleiche Summe von Todes wegen empfangen hatte. Im Jus Aelianum wird aus dieser Lex etwa folgende Actio gebildet seyn: QVOD TV EX TESTAMENTO LVCII TITII LEGATORVM NOMINE SESTERTIVM X MILIA CEPISTI, CVM LEGE NON ESSES EXCEPTVS VT TIBI PLVS M ASSIBVS CAPERE LICERET, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM XL MILIVM PRO IVDICATO MANVS INICIO. Allein im Gesetz fehlen die Worte PRO IVDICATO, es enthält die einfache Bestimmung einer Manus Injectio ohne jenen Zusatz, offenbar wollte es kein iudicium in octuplum, sondern nur eine Verdop-

nem, quin, minor si non debitum solverit ex ea causa, ex qua iure civili repetitio non est danda, sit ei utilis actio ad repetendum; cum et maioribus iustis ex causis dari soleat repetitio.

pelung des Doppelten, des höchstmöglichen Betrags eines Damnationslegats, welchen der läugnende Erbe zu leisten hat, diese aber unter allen Umständen, unabhängig von dem Abläugnen des Empfangs [7]). Aus diesem Wegfall der Litiscrescenz folgt aber die Zulassung der Condiction ganz von selbst. Denn Beides hängt untrennbar zusammen.

Drittens. In der betreffenden Familie von Klagen ist zwar ein remissorischer Schenkungsvertrag (pactum donationis causa), nicht aber ein Vergleich (pacto decidere) zulässig und rechtsbeständig.

Paull. sent. I. 19. 2. ex his causis quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest.

Es wäre denn, daß eine solche Schuld bestritten und zweifelhaft würde, wie ein Judicat durch Appellation, eine aquilische Schuld durch Litisconteſtation mit dem

---

7) Gaius 4., 23. 24. set aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem, sed puram id est non pro iudicato, uelut lex *Furia* testamentaria adversus eum qui legatorum nomine mortisve causa plus *M* assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus ut ei plus capere liceret. — 24. nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae PRO IVDICATO verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nullo ratione factum. Huschke, Recht des Nexum S. 143. Note 199., meint, wenigstens im Fall der certa pecunia per damnationem legata habe die Praxis guten Grund gehabt, eine Manus Injectio pro iudicato zu gestatten; er übersieht, daß schon das Gesetz selbst hierauf Rücksicht genommen hatte.

Man könnte allenfalls eine Ausschließung der Condiction aus L. 42. de cond. ind. (12., 6.) (Ulp. lib. 68. ad edictum): poenae non solent repeti cum depensae sunt, ableiten wollen, aber es wird nicht gesagt, daß poenae indebitae gemeint sind.

Läugnenden. So lange diese Ungewißheit dauert, ist der Vergleich (und die ihm verwandte Eidesdelation) statthaft. (Num. X. XVI.)

Auch in diesem Stück unterscheiden sich unsere Klagen von denen, welche nicht durch Läugnen verdoppelt werden, sondern von Anfang an auf ein Mehrfaches gerichtet sind.

Denn gerade in den ältesten Delictsklagen gegen den handhaften Dieb und wegen schwerer Körperverletzung konnte man Kapitalstrafe und Talion dadurch abkaufen, daß man sich mit dem Verletzten vergleichsweise um eine Geldsumme abfand, welche für den ertappten Dieb den vierfachen Betrag des Diebstahls nicht zu übersteigen pflegte, während die Selbstschätzung des Verstümmelten erst in der jedesmaligen Taxation des Prätors eine billige Schranke fand. Die zwölf Tafeln selbst hatten diese uralte Sitte der Kompositionen befestigt, indem sie Strafe und Wiedervergeltung ausdrücklich an die Voraussetzung knüpften, daß zwischen dem Verletzer und Verletzten keine gütliche Uebereinkunft zu Stande gekommen wäre[8]). Daher wurde auch durch den Vergleich nicht etwa eine exceptio pacti oder transactionis gegen die actio furti und iniuriarum begründet, sondern die Klage völlig abgeschnitten[9]). Nur der Infamie soll der Thäter durch

8) Gell. XX. 4. SI MEMBRVM RVPIT; NI CVM EO PACIT, TALIO ESTO. L. 7. §. 14. de pactis (2., 14.) nam et de furto pacisci lex permittit.

9) L. 17. §. 1. de pact. (2., 14.) quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur, ut iniuriarum, item furti. Im ältesten Prozeß kommen die Exceptionen überhaupt in einer an-

Privatübereinkunft nicht entgehen, eine specielle Bestimmung des Edicts stellte in dieser Beziehung den depectus mit dem condemnatus völlig auf eine Linie.

Für leichtere Diebstähle und Injurien hatten schon die zwölf Tafeln die Geldabfindung geboten, die Klage ging auf nichts Anderes als eine Geldstrafe. Wegen des furtum manifestum dagegen wurde die Kapitalstrafe erst dadurch beseitigt, daß der Prätor die Annahme der üblichen Abfindung mit dem Vierfachen durch Aufstellung einer Klage auf pro fure damnum decidere oportere zu einer Nothwendigkeit erhob [10]).

In den schwerern Injurien wurde nach dem Edict die Annahme der Abfindung zwar nicht erzwungen, aber die Formel so eingerichtet, daß die Talion den Thäter ohne seinen Willen gar nicht treffen konnte, und dadurch auch dieser Ueberrest roherer Zeiten beseitigt. Der Judex wird nämlich dahin instruirt, gegen den Thäter, welcher die vom Kläger geforderte Abfindung zu hoch fand

---

dern Form vor; sie wurden in Präjudizialsponsionen eingekleidet, dieß, nicht die gänzliche Ausschließung der in jedem Prozeß unentbehrlichen Exceptionen meint Gaius (4., 108.) mit den Worten nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. Aber auch das Edict kennt die exceptio transacti negotii nur gegen die Stipulationsklage aus dem Vadimonium: L. 2. pr. si quis caut. (2., 11.) L. 2. de transact. (2., 15.), beide Stellen aus Ulpianus lib. 74. ad edictum, aus dem Abschnitt über die Exceptionen.

10) Daß diese Klage auf das Vierfache nur die Civilklage ist, bei welcher die Möglichkeit der Ausschließung der Kapitalstrafe zu einer Nothwendigkeit erhoben wurde, beweist die Unverjährbarkeit: Gai. 4., 112. perpetuo datur et merito cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit. Vgl. die Formel 4., 37.

Läugnenden. So lange dies ... ar auf die Talion
Vergleich (und die ihm v ... gegen dieses Ar-
haft. (Num. X. XVI.) ... hlagen, und den
Auch in diesem S ... atio zu ver-
gen von denen, we ... onum
werden, sondern r ... der
richtet sind.

Denn ger ... imum als Ite-
handhaften ... negte nach eigener Schät-
konnte m ... sten Termin [11]) die Strafe für
daß m ... adimonium vorzuschreiben, unter die-
Selbs ... g sollte der Kläger im zweiten Termin die
vier ... nicht taxiren [12]), daher wagte der Judex auch
P ... nicht leicht unter der Taxatio zu condemniren [13]). In Betreff des legislativen Werthes dieser Behandlungsweise wird man schwerlich umhin können, dem **Africanus** beizustimmen, wenn er (bei **Gellius** 20., 1.) ausruft: quid edicto autem praetorio — denn so ist statt quod

---

11) L. 10. §. 2. si quis caut. (2., 11.). (Paulus.)

12) Collatio 2., 6. (Paulus). „QVI AVTEM INIVRIARVM“ inquit, „AGIT, CERTVM DICAT, QVID INIVRIAE FACTVM SIT ET TAXATIONEM PONAT NON MINOREM, QVAM QVANTI VADIMONIVM FVERIT.“ Darin lag zugleich ein Mittel gegen Chicane des Klägers, denn von der Summe wurde die Decima berechnet, welche derselbe im Fall des Unterliegens zu zahlen hatte. Gai. 4., 178.

13) Gaius 3., 224. cum atrocem iniuriam Praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae nomine fieri debeat vadimonium hac ipsa quantitate taxamus formulam et iudex quamvis possit vel minoris damnare, tamen propter ipsius Praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.

edictum autem ... uam probetur scriptum, quae
dis iniuriis ... ensa secundum legem Aqui-
qui depacis...
parebat, a... man früher noch einen ach-
bat, a... in der Noth, zu finden
is... nte Stelle des Pau-
re...

Die Verg... s (4., 6.) in du-
doppelungsfälle erg... nifesti, damni
der Vergleich, welcher ... x quibusdam
wendigkeit erhoben wurde, in ... ex legato,
ten her eine Unmöglichkeit war. ... ecundum
... uasi ex

II. Die Verdoppelungsfä... nec

Ich will nun vorerst eine Uebersicht der Klagen ... de
ben, in welchen die drei jetzt erwähnten Rechtssätze: Ver- ... d
doppelung durch Verneinung, Ausschließung der Condiction und Unzulässigkeit des Vergleichs, zur Anwendung kommen.

Vier ganz unzweifelhafte Fälle des ältern Rechts nennt Gaius an zwei Stellen der Institutionen, beide Male in derselben Ordnung:

Gaius 4., 9. Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus, quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae —— legatorum nomine, quae per damnationem certe relictae sunt. Die Lücke hat Lachmann durch vel pecuniarum, Huschke durch item quantita-

und es zum Prozeß kommen ließ, zwar auf die Talion zu arbitriren, im Fall der Contumacia gegen dieses Arbitrium aber die Injurie zu Geld anzuschlagen, und den Beklagten in die Summe der Litis Aestimatio zu verurtheilen. Da die Klage eine formula in bonum et aequum concepta hatte, so war die Summe der Condemnation einem sehr freien Ermessen des Judex überlassen, dem nur durch eine taxatio ein Maximum als Ziel gesetzt war. Allein der Prätor pflegte nach eigener Schätzung der Injurien im ersten Termin [11]) die Strafe für die Desertion des Vadimonium vorzuschreiben, unter dieser Schätzung sollte der Kläger im zweiten Termin die Formel nicht taxiren [12]), daher wagte der Judex auch nicht leicht unter der Taxatio zu condemniren [13]). In Betreff des legislativen Werthes dieser Behandlungsweise wird man schwerlich umhin können, dem Africanus beizustimmen, wenn er (bei Gellius 20., 1.) ausruft: quid edicto autem praetorio — denn so ist statt quod

11) L. 10. §. 2. si quis caut. (2., 11.). (Paulus.)

12) Collatio 2., 6. (Paulus). „QVI AVTEM INIVRIARVM" inquit, „AGIT, CERTVM DICAT, QVID INIVRIAE FACTVM SIT ET TAXATIONEM PONAT NON MINOREM, QVAM QVANTI VADIMONIVM FVERIT." Darin lag zugleich ein Mittel gegen Chicane des Klägers, denn von der Summe wurde die Decima berechnet, welche derselbe im Fall des Unterliegens zu zahlen hatte. Gai. 4., 178.

13) Gaius 3., 224. cum atrocem iniuriam Praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae nomine fieri debeat vadimonium hac ipsa quantitate taxamus formulam et iudex quamvis possit vel minoris damnare, tamen propter ipsius Praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.

edictum autem praetorium zu lesen — de aestimandis iniuriis probabilius esse potest? Nam si reus qui depacisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniariam multam redibat.

Die Vergleichung der Delictsklagen und unserer Verdoppelungsfälle ergiebt das merkwürdige Resultat, daß der Vergleich, welcher in jenen allmälig zu einer Nothwendigkeit erhoben wurde, in diesen von den ältesten Zeiten her eine Unmöglichkeit war.

II. Die Verdoppelungsfälle.

Ich will nun vorerst eine Uebersicht der Klagen geben, in welchen die drei jetzt erwähnten Rechtssätze: Verdoppelung durch Verneinung, Ausschließung der Condiction und Unzulässigkeit des Vergleichs, zur Anwendung kommen.

Vier ganz unzweifelhafte Fälle des ältern Rechts nennt Gaius an zwei Stellen der Institutionen, beide Male in derselben Ordnung:

> Gaius 4., 9. Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus, quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae — — legatorum nomine, quae per damnationem certe relictae sunt. Die Lücke hat Lachmann durch vel pecuniarum, Huschke durch item quantita-

tum ergänzt, beide legatorum in legatarum verändernd. Heffter und Klenze hatten früher damni iniuriae legis Aquiliae aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt vorgeschlagen. Davon wird noch beim Damnationslegat die Rede seyn.

Gaius 4., 171. (§. 1. I. de poena temere litigantium 4., 6.) reo infitiante ex quibusdam causis dupli actio constituitur, velut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur.

Der westgothische Paulus fügt einen fünften Fall hinzu, der sehr bestritten ist, und wo er anerkannt wird, nothwendig zur Annahme noch zweier anderer auf gleichem Grunde ruhender, der actio redhibitoria und auctoritatis führen muß:

Paul. sent. I., 19. 1. Quaedam actiones si a reo infitientur duplantur: velut iudicati, depensi, legati per damnationem relicti, damni iniuriae legis Aquiliae, item de modo agri cum a venditore emtor deceptus est.

Die Interpretatio giebt folgende Erklärung: Aliqua, quae cum ab his, quibus sunt debita, repetuntur, si a debitoribus negata fuerint, dupli satisfactione redduntur id est res iudicata, legati per damnationem relicti id est si quid heres legati titulo dare iussus est et petitum negaverit, vel si damnum alicui per iniuriam factum quis sarcire voluerit, vel de modo agri, cum a venditore emptor fuerit circumscriptus,

ut minus inveniatur quam probetur scriptum, quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur.

In den Institutionen hat man früher noch einen achten Fall, den des depositum in der Noth, zu finden und danach sogar die eben erwähnte Stelle des Paulus emendiren zu müssen geglaubt.

§. 23. 26. Inst. de actionibus (4., 6.) in duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni iniuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis item servi corrupti — item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est secundum ea quae supra (§. 7. I. de obl. quae quasi ex contr. 3., 28.) diximus. sed furti quidem nec manifesti actio et servi corrupti a ceteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hae actiones omnimodo dupli sunt: at illae, id est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum depositi, infitiatione duplicantur, sed etiamsi distulerit relicti solutionem usque quo iussu magistratuum nostrorum conveniatur. In confitentem vero, antequam iussu magistratuum conveniatur solventem, simpli redditur.

In einer Novelle (18. c. 8.) fügt Justinian noch einen Fall hinzu, der sich auf das Darlehen und das außergerichtliche Empfangsbekenntniß bezieht. Wer seine vom Kläger producirte Handschrift abläugnet, oder sie zwar anerkennt, aber den Empfang des Geldes in Abrede stellt, oder wer als Kläger die vom Beklagten vor-

gebrachte Quittung nicht anerkennt, der soll nach geführtem Beweise das Doppelte bezahlen. Man hat in dieser Vorschrift früher bisweilen eine allgemeine Ausdehnung der Infitiationsstrafen auf alle Prozesse finden wollen, und um diese kühne Auslegung zu rechtfertigen, sogar des Dichters[14]) Wort: fidei fraus infitiatrix zu Hülfe gerufen. Eine ernsthafte Widerlegung verdient diese Ansicht nicht.

Fassen wir das Ergebniß der angeführten Stellen zusammen, so finden wir folgende Verdoppelungsfälle genannt:

1) Judicat (Gaius, Paulus, bei Beiden als Hauptfall vorangestellt, in den Institutionen weggelassen).

2) Geständniß durch schriftliches Empfangsbekenntniß (Nov. 18. c. 8.).

3) Depensum (Gaius, Paulus, in den Institutionen gestrichen).

4) Damnationslegat (Gaius, Paulus, in den Institutionen verändert).

5) Lex Aquilia (überall).

6—8) Actio de modo agri (Paulus), nach Analogie derselben actio auctoritatis und redhibitoria bei neuern Schriftstellern behandelt.

9) Depositum in der Noth (Institutionen).

Die Frage ist nun, ob diese Fälle als isolirt stehende Erzeugnisse legislativer Willkür anzusehen sind, oder ob sie sich auf einen gemeinsamen Ursprung zurückführen,

14) Prudentius, psychomachia 630.

auf ein bestimmtes Princip beziehen lassen, von dem sie getragen und beherrscht werden?

Die neuern Schriftsteller haben ein solches von vorn herein aufzustellen und diesem die einzelnen Fälle anzupassen versucht. Mir scheint es, um den Grundgedanken mit Sicherheit aufzufinden, nothwendig, den entgegengesetzten Weg einzuschlagen und zuvor die einzelnen Fälle ins Auge zu fassen. Es darf nicht vergessen werden, daß zwischen dem ersten Auftreten und der neuesten Gestalt dieser Lehre im Justinianischen Recht ein Jahrtausend liegt.

III. Judicat.

Wenn der Verurtheilte das condemnatorische Urtheil unangefochten läßt und dadurch gewissermaßen die Richtigkeit des Urtheils eingesteht, so ist das weitere Verfahren folgendes.

Vor Allem wird das Streitobject auf Geld reducirt, denn nur Geldurtheile sind executorisch. Im älteren Recht war diese Abschätzung das Geschäft eines besondern arbiter litis aestimandae, im Formularprozeß hat man das Judicium mit dem Arbitrium verbunden und auch das Liquidationsverfahren demselben Judex übertragen, von welchem die Pronuntiatio ausging.

Die Zahlung der Aestimatio wird von dem Verurtheilten erwartet, und das Gesetz gestattet zu diesem Ende die geräumige Frist von dreißig Tagen. Eine Klage auf dare oportere würde unmöglich seyn, da das dare oportere mit der Prozeßnovation aufgehört hat. Eine Klage

auf iudicatum facere oportere wäre denkbar, aber unpraktisch, man könnte Labeo's Wort auf sie anwenden: noluit praetor obligationes ex obligationibus fieri [15]). Die actio iudicati ist also kein Rechtsverfolgungsmittel, sie ist materiell ein indirectes Executionsmittel, formell eine Strafklage gegen den bösen Schuldner, eine gravis poena perfidiae debitorum [16]).

Das Nähere ist Dieses:

Der Sieger ruft den Verurtheilten vor Gericht, ergreift ihn als sein Pfand und rechtfertigt dieses Verfahren mit den Worten QVOD TV MIHI IVDICATVS ES SESTERTIVM X MILIA QVAE DOLO MALO NON SOLVISTI OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO [17]). Er vindicirt also kein Recht an der Person des Schuldners, denn dieser hat nicht (wie in der Kaiserzeit der Damnatus) eine Capitis Diminutio erlitten, die ihn zum servus poenae degradirte oder der Gewalt seines Gläubigers unterwürfe. Er nimmt ihn nur als pignus in causa iudicati captum in Besitz, mit dem Unterschiede jedoch, daß die Caption nicht von der Obrigkeit ausgeht, sondern eigenmächtig geschieht, und das Pfand nicht eine einzelne Sache, son-

15) L. 4. §. 3. de re iud. (42., 1.)

16) Africanus bei Gell. 20., 1. Daher auch die Worte QVAE DOLO MALO NON SOLVISTI in der Legis Actio Note 17. Die Neuern pflegen den pönalen Character der actio iudicati zu ignoriren, erst Huschke hat durch seine Schrift über das Recht des Nexum (1846) die Darstellung des Africanus wieder zu voller Anerkennung gebracht. Selbst das Motto seines Buchs ist aus ihr gewählt.

17) Gaius 4., 21.

dern die Person des Schuldners mit der ganzen ihr unterworfenen Gesammtheit von Rechten ist. Erst durch die Lex Poetelia trat die Nothwendigkeit eines obrigkeitlichen Haft- und Immissionsbefehls (duci, bona possideri iubere) gegen den Verurtheilten ein und die Selbsthülfe wurde auch in dieser Anwendung ein strafbares Unternehmen [18]).

Ob eine Abwendung dieses Personalarrestes durch einen Rechtsact, namentlich durch Nexi Liberatio innerhalb der dreißigtägigen Ruhezeit möglich sey, wurde von den

---

18) L. 6. §. 2. de re iud. (42., 1.) (Ulp.) qui iudicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum tenetur. Das prätorische Edict darüber hat sich nur stückweise erhalten. Die Ueberreste mit den dazu gehörigen Erklärungen der Commentatoren lauten: CONDEMNATVS (vorausgesetzt die Gültigkeit der Verurtheilung. L. 4. §. 6. de re iud. 42., 1.) ab eo CVIVS DE EA RE IVRISDICTIO EST (also nicht von einem Municipalmagistrat in einer vorbehaltenen Sache: lex Rubria c. 21. 22. Aber das Edict sollte sich nicht bloß auf die Execution der Urtheile der Duumvirn beziehen. Richtiger wäre also gewesen cuius de ea re notio est: L. 5. de re iud. 42., 1.) VT PECVNIAM (römisches Geld lex Rubria c. 21. 22., anderes ist Waare und bedarf noch einer aestimatio: Volus. Maec. assis distr. 145.) SOLVAT, (wegen anderer als Geldurtheile — pronuntiatum, statutum — vgl. L. 46. pr. de V. S. (50., 16.). L. 5. §. 1. de re iud. (42., 1.) beide aus Ulpian lib. 59. ad edictum) NISI SOLVAT (besser hätte gestanden SI NEQVE SOLVAT NEQVE EO NOMINE SATIS FACIAT L. 4. §. 3. de re iud. (42., 1.), denn jede Genugthuung hemmt die Execution. Ueber den Begriff der Solution und Satisfaction: L. 54. de solut. (46., 3.). L. 46. de V. S. (50., 17.)). Es folgten die Bestimmungen des Edicts über das duci (wer ist solutus? L. 48. de V. S. (50., 16.). Gaius ad edictum praetoris urbani titulo qui neque sequantur neque ducantur), über Kost und Bett der Schuldgefangenen L. 43. 45. de V. S. (50., 16.), die Behandlung achtbarer Frauenspersonen in der Gefangenschaft L. 46. §. 1. eodem.

Veteres deßhalb bezweifelt, weil jene Tage in den zwölf Tafeln als solche bezeichnet werden, an welchen rechtliche Acte mit dem Schuldner nicht rechtsbeständig vorgenommen werden könnten: eosque dies, sagt Africanus, decemviri iustos appellaverunt, velut quoddam iustitium id est iuris inter eos quasi interstitionem quandam ei cessationem: quibus diebus nihil cum his agi iure possit. Allein unter dieser iuris actio war eben die Legis Actio gegen den Schuldner gemeint. Dagegen sind Rechtsgeschäfte zu dessen Gunsten eben so wenig wie bei andern gesetzlichen Fristen und Moratorien ausgeschlossen. Dieses anerkennt auch schon Gaius, wenn er, mit Beziehung auf jenes ältere Bedenken, in seinem Commentar zum Titel des städtischen Edicts de re iudicata sagt: intra dies constitutos, quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis (ohne Zweifel schrieb er statt dessen per aes et libram tamen [19]) iudicatum liberari posse hodie non dubitatur: quia constitutorum dierum spatium pro iudicato non contra iudicatum per legem constitutum est [20]).

In dem Besitz- und Retentionsrechte, welches der Gläubiger an seinem Pfande erworben hat, liegt schon von selbst die Befugniß, durch Gefängniß und Banden die Flucht des Arrestanten zu hindern [21]). Die Gesetzgebung schritt daher in dieser Beziehung nur zu Gunsten

19) Gaius 3., 173.
20) L. 7. de re iud. (42., 1.).
21) Livius 2., 24. — retinendi ius creditori —.

des Schuldners ein. Die zwölf Tafeln enthielten Bestimmungen gegen zu lange Dauer des Schuldarrestes, sie schützten die Gefangenen gegen allzu schwere Fesseln und allzu karge Beköstigung [22]). Durch die Vorschrift des poetelischen Gesetzes ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur wurden die schwerern Fesseln im Schuldarrest sogar ganz ausgeschlossen und auf den Criminalarrest beschränkt [23]), den Judicatus traf, wenn der Staat Gläubiger war, einfache Detention im öffentlichen Schuldgefängniß, wenn ein Privatus, im Hauskerker. Seit der Lex Julia über die cessio bonorum fiel, wenn der Schuldner durch Unglück verarmt war, selbst die Detention hinweg und der Kerker wurde auch gesetzlich für eine Strafe muthwilliger Bankerottirer erklärt [24]).

Von Rechtswegen war die Strafe des Betruges capital. Dem Gläubiger stand nach zwei Monaten die Distraction, oder wenn Vieh abgepfändet war — und zunächst sollen ja res mobiles animales genommen werden — [25]) die Concision des pignus in causa iudicati

22) Africanus bei Gellius 20., 1. Das Schutzmittel war die actio iniuriarum L. 34. de re iud. (42., 1.).

23) Livius 8., 28.

24) Gell. 20., 1. (Africanus) addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt. L. 23. pr. ex quib. caus. mai. (4., 6.) (Ulpian) vel in publica vincula ductus. Das πρακτόρειον erwähnt auch das Edict des Tiberius Alexander: Rudorff im Rhein. Museum II. 164. (1827) Wegen der Lex Julia siehe dasselbe und L. 1. C. qui bonis (7., 71.).

25) L. 15. §. 3. de re iud. (42., 1.) primo quidem res

captum zu, nur soll der Verkauf, dem spätern Recht gemäß, unter obrigkeitlicher Vermittlung geschehen [26]). In ähnlicher Weise verstattete das ältere rohere Recht nach gleicher Frist und dreimaligem Aufgebot den eigenmächtigen Verkauf in die Fremde oder die Tödtung des durch die Manus Injectio gepfändeten Schuldners. Indeß bestimmten die zwölf Tafeln, daß auch diese Kapitalstrafe nur eintreten solle, wenn kein Pactum zwischen Gläubiger und Schuldner zu Stande komme. Durch diesen Vorbehalt erhielt sie dieselbe subsidiäre Stellung, welche die Talion bei der Injurie, die Addiction bei dem handhaften Diebstahl einnimmt, und verschwand im praktischen Leben gerade so wie diese [27]). Wenn daher Cicero in der Rede für den Quinctius schon die Präjudizialfrage, ob das Vermögen des Schuldners dreißig Tage lang im Besitz der Gläubiger gewesen, eine capitalis causa nennt, so folgt er dem Sprachgebrauch der Schriftsteller und Redner der republicanischen Periode, denen auch die causae existimationis wegen der mit der Ehrenschmälerung verbundenen halben publicistischen Capitis Diminutio als Ka-

---

mobiles animales pignori capi iubent mox distrahi, quarum pretium si suffecerit bene est.

26) Crassus ap. Cic. de or. III., 1. Tibull. IV., 13. 17. L. 31. de re iud. (42., 1.).

27) Gellius 20., 1. (Africanus) erat autem ius interea paciscendi, ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. intra eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut peregre trans Tiberim venum ibant (um die Rückkehr durch Postliminium abzuschneiden: Cic. de or. 1., 40., Puchta im Rhein. Mus. (1828) S. 385.).

pitalsachen gelten, während die Juristen der Kaiserzeit nur Lebensstrafen und Verlust des Bürgerrechts als Kapitalstrafen anerkennen[28]). Eine Ignominiá aber traf den Fraudator auch noch dann, als von der ehemaligen Lebens- und Freiheitsstrafe der Bankerottirer sogar das Andenken verschollen war [29]). Vermöge dieser Ehrenminderung gilt der Judicatus nicht mehr als unverdächtige Person, und wird daher nur gegen bürgschaftliche cautio iudicatum solvi im Prozeß zur Vertheidigung gelassen. Auch hat er selbst in den Landstädten weder Wahlfähigkeit noch Stimmrecht in den Sendten. Erst die Lex Julia befreit verarmte Schuldner, welche sich zur Cession qualificiren, auch von diesem Ueberrest pönaler Behandlung der Insolvenz [30]).

---

28) Cicero pro Quinctio c. 8. sponsionem porro si istiusmodi fecerit, se — de capite suo causam esse dicturum — optio — ut aut ipse se capitis damnaret, aut causam capitis, si sponsionem fecisset priore loco diceret. Vgl. L. 103. de V. S. (50., 16.) licet capitalis latine loquentibus (bei den Rednern) omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis vel amissionis civitatis intelligenda est. Savigny, System 2. §. 81.

29) Tertullian. apologet. 4. in pudoris notam capitis poena conversa.

30) Die Cautionspflicht (Cic. pro Quinct. c. 8. Gai. 4., 102. L. 33. §. 1. de reb. auct. (42., 5.)) trat nach Cicero's Darstellung erst nach Ablauf des ersten der beiden Arrestmonate ein, der zu Nachlaßverträgen mit dem Gläubiger bestimmt war, während der zweite das trinundinum einschloß, welches dritte Vindices zur Intervention bewegen sollte. Die Lex Julia municipalis (Tab. Heracl. lin. 109. 110. 115. 117.) knüpft dagegen die Entziehung der Ehrenrechte schon an die Mission und Proscription, ohne eine dreißigtägige Dauer des Besitzes zu verlangen. Dieß kann

Das Bisherige betraf das persönliche Schicksal des Condemnirten.

Die Diction oder Addiction oder ihre Wirkungen beschränken sich aber nicht auf die Person des Judicatus, sie treffen auch seine Familie und das von ihm abhängige Vermögen.

Im Jahre 259 verbot ein Edict des Consuls Servilius wegen des damaligen latinischen Krieges den Gläubigern, die Kinder und Sohnesenkel Derer zu retiniren, welche am Kriege Theil nahmen [31]). Darin liegt offenbar, daß die Abduction regelmäßig gestattet war. Im Zeitalter der classischen Juristen war das conventionelle Pignus an Kindern des Schuldners bei Strafe der Relegation verboten [32]) und in einem Rescript Diocletian's wird gesagt, das Recht gestatte dem Gläubiger nicht, einer Forderung wegen „liberos" zu Knechtsdiensten anzuhalten.

> L. 12. C. de O. et A. (4., 10.) vom Jahre 294. Ob aes alienum servire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur.

Man hat dieses Wort durch liberos homines erklären wollen, so daß die ehemaligen Ansprüche des Gläubigers auf die operae des Nexus und Judicatus [33]) für ab-

---

bloß Ungenauigkeit der Fassung seyn, es läßt sich aber auch denken, daß man bei den Ehrenrechten strenger war.

31) Livius 2., 24.: ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotesve eius moraretur. Dionys. 6., 29. μήτε γένος αὐτῶν ἀπάγειν.

32) L. 5. quae res (20., 3.).

33) Varro de lingua lat. 7., 5. §. 105. liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat, dum sol-

geschafft erklärt würden. Diese Auffassung, welche ziemlich alt und unter andern in das canonische Recht übergegangen ist[34]), hat Das für sich, daß nach ihr der in den Worten servire liberos angedeutete Widerspruch erst in seiner ganzen Schärfe hervortritt. Allein, wie oft es auch später noch vorkam, daß Gläubiger gerade die Kinder ihrer Schuldner als Pfänder retinirten, oder zu Knechtsdiensten verwendeten, oder auch ihre Dienste vermietheten, ersieht man aus einem Gesetze Justinian's, in welchem eben diese Handlungen mit Leibesstrafe und dem Verlust der Forderung an die Aeltern bedroht werden. Daher hat denn auch bereits der Verfasser der Novellenauszüge liberos in unserer Stelle für Kinder des Schuldners genommen und deßhalb die Authentika aus der angeführten Justinianischen Novelle gerade an sie angeschlossen[35]).

Das Recht des Gläubigers an dem Vermögen des Judicatus wird ebenfalls schon in dem Edict des Servilius (Note 31) anerkannt. Nur war es damals und selbst nach den zwölf Tafeln noch dem Sieger überlassen, dasselbe eigenmächtig in Besitz zu nehmen und zu verkaufen, erst später wurde auch hier die Selbsthülfe verboten und die Besitznahme wie der Verkauf des Vermögens gleich nach der Abduction der Person unter obrigkeitliche Leitung gestellt. Die durch die Praxis ausge-

---

veret, nexus vocatur Dionys. 5., 53. 6., 79. Fragm. 16., 9. Appian. de reb. samnit. 1., 1.

34) c. 3. X. de pign. (3., 21.).

35) Nov. 134. c. 7. Auth. Imo C. de Oet. A. (4., 10.).

bildeten Grundsätze über die Immission, das öffentliche Aufgebot, die Verkaufsbedingungen, die Wahl eines magister bonorum vendendorum nach dreißig Tagen gingen seit dem siebenten Jahrhundert der Stadt in das Edict über [36]). Als Gegenstand des durch das Edict bestimmten Besitzes und Verkaufs dürfen aber nicht bloß die einzelnen Vermögensstücke, die res quae in universitate sunt, betrachtet werden. Vielmehr ist es das der Person unterworfene Ganze, die Familia, die Bona, die Universitas selbst und die in ihr enthaltenen Sachen, was als eine Pertinenz der Person in deren Schicksal mit verflochten wird. Dennoch wird keineswegs das civile Recht an dem Ganzen und den Elementen des Vermögens dem Sieger erworben und dem Bonorum Emptor oder Sector überlassen. Vielmehr verbleibt dem verurtheilten Schuldner wie die Libertas und Civitas (mit Ausnahme Dessen, was über die Schmälerung der Ehre bemerkt wurde) so auch die Familia. Sondern die in dem Pignus enthaltene, nach altrömischer Vorstellung auch an dem Vermögensganzen, den Bona, denkbare Possessio wird verkauft, der Erwerb derselben dem Käufer durch Interdicte gesichert, eben dadurch die Usucapion, wenn auch nicht des Ganzen, doch der in dem Vermögen enthaltenen körperlichen Sachen möglich gemacht und wegen der persönlichen obligatorischen Beziehungen des Schuldners durch Fictionsklagen nachgeholfen. Nur wenn von Staatswe-

---

36) Gaius 3., 81. 4., 35. L. 1. §. 2. de bonis lib. (38., 2.). Lex Thoria c. 26. (a. 643.). Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. 10., S. 172.

gen (publice) ein fremdes Vermögen subhastirt wird, bedarf es nicht erst einer usucapio pro emtore, um den Käufer zum quiritischen Eigenthümer zu machen. Denn da der Staat auch fremde Sachen gültig veräußern kann, so erwirbt der Sector die Bona und die in derselben enthaltenen körperlichen und unkörperlichen Dinge unmittelbar durch den Verkauf, und bedarf daher einer prätorischen Hülfe nur zu dem Ende, um den Besitz des verkauften Vermögens von dem Schuldner zu erlangen [37]).

IV. Revocation auf das Doppelte.

Die im Vorstehenden skizzirte altrömische Kapitalstrafe setzt voraus, daß der Verurtheilte ein condemna-

---

37) Gaius 3., 80. 81. neque autem — bonorum emptoris pleno iure res fiunt sed in bonis efficiuntur, ius quiritium autem ita demum adipiscuntur, si usuceperunt. interdum quidem bonorum emptorum [Huschke, Nexum S. 160. Note 234.: *idem plane ius*, *quod est mancip(i)um*, *esse intelligitur*, si per eos *scilicet* bonorum empto*ribus addicitur*, *qui publice sub hasta vendunt.*]. §. 81. item quae debitori debita sunt aut ipse debuit neque — bonorum emptores ipso iure debent aut ipsis debetur sed de omnibus rebus utilibus actionibus et conveniuntur et experiuntur, quas inferius (4., 35.) proponemus —. Ich gebe die Stelle nach Huschke's Restitutionsversuch, der in der ersten Stelle dem Sinn nach gewiß richtig (Varro de R. R. 2., 10. §. 4.), aber den Worten nach schwerlich zu rechtfertigen ist, da Gaius das Recht des Manceps, von dem er nirgends vorher gehandelt hat, sicher nicht so ohne Weiteres als bekannt voraussetzen würde. — Wegen der possessorischen Rechtsmittel: 4., 145. bonorum quoque emtori simile proponitur interdictum quod quidam possessorium vocant. 146. item ei, qui publice bona emerit, eiusdem condicionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur qui publice bona mercantur.

torisches Urtheil unerfüllt läßt, dessen faktische und rechtliche Existenz er nicht in Abrede stellt. Diese iudicati actio in confitentem ist auf das Einfache beschränkt, ihr Zweck ist, den Verurtheilten zur freiwilligen Bezahlung der Litisästimationssumme zu bewegen.

Allein der Verurtheilte kann unter gewissen Beschränkungen das iudicatum facere oportere läugnen (iudicatum negare, infitiari). Welchen Einfluß hat dieß auf das Judicat?

Die allgemeine Wirkung ist, daß die faktische und rechtliche Existenz des Judicats abermals in Frage gestellt und wenn diese Frage gegen den Verneinenden entschieden ist, dieser mit dem Doppelten bestraft wird. Dadurch nimmt die actio iudicati noch nicht die Natur einer Pönalklage an, vielmehr unterscheidet sie sich von dieser durch Dauer, Zweck und Vererblichkeit [38]), aber sie erhält einen pönalen Zusatz, der bestimmt ist, den Beklagten für sein Läugnen und den dem Kläger aufgebürdeten Beweis des Judicats zu züchtigen.

Denn die Verneinung des Judicats hat eine ganz andere Bedeutung, als die Abläugnung einer ordentlichen Klage, in welcher der Kläger sich der Mühe der Beweisführung unterzieht und unterziehen muß, um den Besitzstand zu seinen Gunsten zu verändern. Wenn er in dieser Klage ein günstiges Urtheil erwirkt hat, so glaubt er diese Mühe überstanden, es bleibt nur übrig, den wi-

38) L. 6. §. 3. de re iud. (42., 1.) (Ulpian) iudicati actio perpetua est et rei persecutionem continet. item heredi et in heredem competit.

derspenstigen Beklagten zur Erfüllung desselben zu nöthigen, den Insolventen löst vielleicht ein Dritter. In dieser Nähe des Ziels aber sieht sich der Kläger plötzlich durch die Anfechtung des Urtheils in die endlich überwundene Ungewißheit zurückversetzt, das vermeintlich geordnete Rechtsverhältniß wird ihm von Neuem ungewiß gemacht, er muß die Existenz des Urtheils beweisen, er muß die Prüfung der Gesetzlichkeit der Entscheidung des Cassationsrichters überlassen, und, wenn diese abfällig ausfällt, abermals klagen. Auf diese Weise führt er in der That zwei Prozesse über dieselbe Rechtsfrage trotz der Regel qua de re semel actum est, de ea re amplius agi non potest, oder bis de eadem re ne sit actio [39]). Es versteht sich, daß der Beklagte, welcher beide verliert, auch zwei Mal bezahlen muß. Von dieser Gefahr der Succumbenz hat die Anfechtung den Namen in duplum ire, sententiam in duplum (nicht in dubium) revocare erhalten. Es erhellt nicht, daß derselbe, wie man hin und wieder behauptet hat, auf die Form einer selbstständigen Anfechtung des Urtheils durch den Verklagten beschränkt wäre [40]).

---

39) Gaius 4., 108. L. 6. de exc. rei iud. (42., 2.) singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit — Quintilian. I. O. 7., 6. bis de eadem re ne sit actio. Diese Regel schützt wesentlich nur den Beklagten gegen eine zweite Klage — nicht gegen eine Nichtigkeitsbeschwerde — des Klägers nach der Freisprechung.

40) Puchta, Cursus der Inst. §. 179. Note c. d. §. 181. unterscheidet die Verneinung der actio indicati des Siegers und die selbständige von dem Condemnirten ausgehende Anfechtung desselben vor Anstellung der actio indicati. Die erste betrachtet er

Der materielle Unterschied der sententiae in duplum revocatio von der Appellation liegt darin, daß durch jene nicht die Gerechtigkeit, sondern die Gültigkeit des Urtheils angefochten wird. Sie ist mit andern Worten eine Richtigkeitsbeschwerde. Die Gründe dieser Richtigkeit können eben so wohl faktische als rechtliche Nichtexistenz des Urtheils, z. B. wegen Verletzung einer absoluten Rechtsvorschrift seyn, denn in beiden Fällen hat der Verurtheilte Grund, die Voraussetzungen der Execution zu läugnen. Der erste dieser Gründe ist niemals bezweifelt worden. Dagegen hat man den zweiten neuerdings wegen einer Stelle des Cicero in Abrede gestellt, die deßhalb genauer zu prüfen ist.

In der Vertheidigung des wegen Bestechungen und Erpressungen in der Verwaltung Asiens angeklagten L. Valerius Flaccus kam es darauf an, das Zeugniß eines gewissen Rhetor Heraclitus von Temnus zu entkräften. Dieser Mann hatte in Rom ein Mündelgut angekauft, das Kaufgeld war ihm von zwei römischen Banquiers gegen Bürgschaft seines Mitbürgers Hermippus vorgeschossen worden, den er über seinen Credit zu täuschen verstanden hatte. Dieser Hermippus, von den Gläubigern des Heraclitus angegriffen, zahlte die Kaufsumme und trat dann gegen den Hauptschuldner mit der Regreßklage auf, welche in der Provinz vor Recuperatoren

als eine mit dem Doppelten gestrafte Infitiation, die letztere als das Rechtsmittel der in duplum revocatio. Da die Nichtigkeitsbeschwerde so gut als Klage wie als Einrede angebracht werden kann, ohne daß diese Form einen wesentlichen Einfluß auf sie ausübte, so scheint mir zu dieser Unterscheidung kein rechter Grund.

verhandelt wurde, und ungeachtet aller Redekünste mit der Verurtheilung des Heraclitus endete. Allein Heraclitus zahlte diese Urtheilsschuld nicht und wurde, da er es zum Aeußersten kommen ließ, durch ein Decret des Statthalters L. Valerius Flaccus dem Kläger Hermippus addicirt und von diesem zur Haft gebracht. Kaum war er jedoch gegen Ueberlassung einiger Sclaven für einen Theil der Bürgschaftsschuld auf freien Fuß gekommen, als er mit einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen das in der Regreßklage gefällte Urtheil hervortrat. Er behauptete vor dem neuen Statthalter Q. Cicero, die Recuperatoren seyen von seinem Amtsvorgänger Valerius Flaccus durch Drohungen bewogen worden, ein ungerechtes Urtheil abzugeben. Auf diese Beschwerde erging folgendes Decret:

> Cicero pro Flacco c. 21. Frater meus pro sua aequitate prudentiaque decrevit: ut, si iudicatum negaret, in duplum iret: si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores.

Sell (§. 29. S. 234.) versteht die Entscheidung dahin, daß nur, wenn Heraclitus den faktischen Erlaß des Urtheils läugne, eine Formula auf das Doppelte concipirt werden solle. Behaupte er die Nichtigkeit des Judicats wegen eines auf die Recuperatoren ausgeübten Zwangs, so sollten diese jetzt, ohne dem Zwange zu unterliegen, zum zweiten Male erkennen. Nach Sell's Meinung ist also die sententiae in duplum revocatio keine Nichtigkeitsbeschwerde, und umgekehrt wird die Nichtigkeitsbeschwerde nicht mit dem Doppelten gestraft. Als Grund

der Unterscheidung wird von Sell angeführt, daß der Beklagte, der das Urtheil läugnet, dem Kläger den Beweis der Existenz aufbürde, während er den des Zwanges und anderer Nichtigkeitsgründe selbst übernehmen müsse. Allein die Sache liegt in der That ganz anders. Aus der Beschwerde des Querulanten erhellte nicht deutlich, ob er die Nichtigkeit des Urtheils wegen Verstoßes gegen absolute Rechtsvorschriften (contra ius) oder wegen Einschüchterung der Richter (ex persona iudicis) behauptete. In beiden Fällen wäre eine Revocation auf das Doppelte möglich gewesen. Allein Q. Cicero entschied: in dem letztern bedürfe es keines neuen Judiciums, es genüge eine Fortsetzung des Prozesses vor denselben, nun von allem äußern Zwang befreiten Recuperatoren. In dem erstern dagegen bleibe nur ein zweiter Prozeß vor andern Recuperatoren übrig. Mit Recht nennt M. Cicero diese Entscheidung seines Bruders der Billigkeit gemäß: sie war es insofern, als er ohne Noth kein doppeltes Judicium und keine zwiefache Condemnation gestattete. Aber sie entsprach auch dem Jus civile, der prudentia [41]), wie Cicero sich ausdrückt, denn die ratio dupli lag, wie wir gesehen, nur in der Anordnung eines doppelten Judiciums über dieselbe Sache.

Das Urtheil in der Beschwerdeinstanz kann abermals als nichtig angefochten werden, so jedoch, daß der Que-

41) Vgl. L. 1. C. de poss. 7., 32. per liberam personam — adquiri possessionem — tam ratione utilitatis quam iuris prudentia (Savigny Besitz 363., 1.) receptum est, wo die Lesart prudentia statt pridem durch unsere Stelle vielleicht gestützt werden könnte.

rulant in den Betrag der beiden frühern Urtheilssummen, also in das Vierfache des ursprünglichen Streitgegenstandes verurtheilt wird. Aber auch der Querulat kann die ausgesprochene Nichtigkeit angreifen: illud meminerimus, sagt Macer, si quaeratur, iudicatum sit necne et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit licet fuerit iudicatum: rescinditur, si iudicatum non fuerit [42]).

Außer der schon in der Litiscrescenz enthaltenen Restriction unterliegt die Querel aber noch manchen andern wohlthätigen Beschränkungen, durch welche ihr Mißbrauch verhütet wird.

Erstens konnte der Verurtheilte nach den Grundsätzen des ältesten Prozesses sich der Manus Injectio nicht selbst widersetzen, da der Sieger aus dem Judicat ein wohlbegründetes Pfändungs- und Retentionsrecht hatte, dessen Object eben der Besiegte war. Er mußte also einen Defensor stellen, und zwar, da Niemand ohne Satisdation als idoneus defensor angesehen wird, einen Defensor, welcher hinlängliche Bürgschaft stellt. Nun aber läßt der alte Prozeß keine Prozeßführung auf fremden Namen zu, außer zu Gunsten der Freiheit und in einigen andern Fällen. Mithin muß dieser Defensor als Vin-

---

42) L. 1. pr. quae sent. (49., 8.). Die Stelle ist auch sonst noch prozessualisch merkwürdig. Sie beweist nicht nur, daß die Nichtigkeitsbeschwerde im ordentlichen Verfahren, nicht wie die Appellation extra ordinem verhandelt wurde, sondern auch, daß eine Formula in factum gegeben wurde, der etwa eine sponsio praeiudicialis voraufgehen mogte, an welche schon Bynkershoek obss. VI., 10. gedacht hat und auf die auch die Pronuntiatio hindeutet.

dicant der dem Verurtheilten unzweifelhaft verbliebenen Libertas auftreten und auf diesen Grund dem Sieger, wenn er von der Manus Injectio nicht abstehen will, Gewalt zeigen (vim dicere). Daher der Name Vindex für diesen Defensor. In dem nun über die Rechtmäßigkeit der Manus Injectio, also die Gültigkeit des Urtheils entstehenden Verfahren ertheilt der Prätor gegen die gehörige Satisdation, oder wenn der Vindex selbst sicher genug war, die Vindicien für die Freiheit. Als durch die Steigerung des magistratischen Einflusses auf den Prozeß die gesetzlichen Actionen außer Gebrauch kamen, verwandelte sich der Vindex in einen gewöhnlichen Sponsor des seine Vertheidigung nun selbst führenden Verurtheilten. Immerhin aber lag in der beibehaltenen Satisdationspflicht eine Schranke, welche den ganz creditlosen Judicatus, der keinen Bürgen mehr fand, von der Anfechtung des Judicats ausschloß [43]).

43) Gaius 4., 25. sed postea lege Vallia (Huschke, Recht des Nexum S. 141. schlägt vor Valeria und denkt an ein Gesetz des Dictators M. Valerius Corvus oder Corvinus vom Jahr der Stadt 413 nach Victor de vir. ill. 29. Appian. samnit. 1., 1. 2. — eine historische Combination, die ich für überaus glücklich halte —) exceptio iudicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectionem agebatur permissum est, sibi manum depellere et pro se agere: itaque iudicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem vindicem dare debebant et nisi darent domum ducebantur idque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur, unde nostris temporibus is cum quo iudicati depensive agitur iudicatum solvi satisdare cogitur. 102. aut propter genus actionis satisdatur aut propter personam quia suspecta sit: propter genus actionis velut iudicati depensive — propter personam velut si cum agitur, qui decoxerit, cuiusve bona a

Zweitens wird den anerkannten Verächtern der obrigkeitlichen Gebote im Prozeß die Richtigkeitsbeschwerde versagt:

Paul. sent. 5, 5b. 17. ab ea sententia quae in contumaces data est, neque appellari neque in duplum revocari potest.

Cod. Gregor. X., l. 1. (Alexander). Quae in libello contulisti praesidi provinciae allega, qui non ignorat eum, qui per contumaciam absens condemnatur nec appellationis auxilio uti aut in duplum revocare posse. (227.)

Indeß kann der Verurtheilte die Contumacia bestreiten, indem er Gründe für seine Abwesenheit anführt, dann wird das Contumacialurtheil nicht vollstreckt, sondern unter Beseitigung desselben ein anderer Richter bestellt, welcher, wenn er die Entschuldigungsgründe oder die Einrede der Erschleichung begründet findet, ein anderes Urtheil spricht, im entgegengesetzten Fall aber den Beklagten in das Doppelte verurtheilt.

L. 4. C. quomodo (7., 43.) (Philippus) si — pars diversa die feriato absente vel ignorante te a iudice dato ferri sententiam quasi contumaciter deesses impetravit, non immerito praeses negotium alterius iudicis notioni terminandum commisit. (Die Anordnung eines neuen

---

creditoribus possessa proscriptave sunt — Die Aenderung des Rechts wird erst durch August's Lex Julia judiciaria geschehen seyn; die Lex Rubria aus dem Triumvirat gedenkt wenigstens noch des Vindex.

Judiciums enthält, wie schon oben zu Cicero bemerkt wurde, den Beweis, daß den unterliegenden Beschwerdeführer die Infitiationsstrafe traf.)

Endlich drittens kann die Beschwerde, wenn der Querulant erst nach langem Schweigen auf Revision des Urtheils anträgt, durch longi temporis praescriptio ausgeschlossen werden.

Paul. sent. V. 5a. §. 8. res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari. Longum autem tempus exemplo longi temporis praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur.

Wenn die Nichtigkeit bloß wegen mangelnden rechtlichen Gehörs, also wegen der Substantialien des Prozesses behauptet wird, so muß die Querel gleich nach erhaltener Nachricht von der Verurtheilung erhoben werden, weil diese Nichtigkeit durch nachträgliche Zustimmung sofort geheilt werden würde.

Justinian hat das ganze Recht der actio iudicati umgestaltet. Die bonorum venditio, der letzte Ueberrest der altrömischen Strafklage, ist aufgehoben, die in duplum revocatio wird nirgends erwähnt, die actio iudicati ist für eine erhaltende, vererbliche, der gewöhnlichen Klagverjährung unterliegende Klage erklärt, die cautio iudicatum solvi aufgehoben, die actio iudicati unter den Litiscrescenzfällen übergangen. Als Rechtsmittel gegen das Urtheil bleibt neben der Appellation nur

die einfache von allen Beschränkungen befreite Nichtigkeitsbeschwerde bestehen.

Dennoch behandeln viele Schriftsteller, namentlich Sell §. 8. die Verdoppelung der Judicatsklage als einen auch im Justinianischen Recht geltenden Grundsatz. Der Hauptgrund für diese Ansicht wird entlehnt aus

L. 7. de solut. (46., 3.). (Ulpian.) Si quid ex famosa causa et non famosa debeatur: id solutum videtur, quod ex famosa causa debetur. Proinde si quid ex causa iudicati et non iudicati debetur; id putem solutum quod ex causa iudicati debetur et ita Pomponius probat. Ergo si ex causa quae infitiatione crescit vel poenali debetur, dicendum est, id solutum videri quod poenae habet liberationem.

Wenn der Schuldner bei der Zahlung nicht bestimmt, für welche unter mehreren Forderungen sie gelten soll, so wird die drückendere Schuld als getilgt angenommen. Als solche soll unter anderen eine Urtheilsschuld gegenüber einer anderen noch nicht bis zum Urtheil gediehenen gelten. Den Grund dieser Anwendung der Regel glaubt Sell in der Litiscrescenz der Urtheilsschuld zu finden. Dafür wird angeführt, daß Ulpian die Urtheilsschuld mit den Fällen der Verdoppelung wegen Abläugnens durch ergo verbinde. Allein dieses Argument würde nur in dem umgekehrten Falle beweisen, wenn die Litiscrescenzfälle voranständen und die Urtheilsschuld als eine Anwendung nachfolgte. In der vorliegenden Gedankenfolge steht der letzte Satz mit dem mittlern in kei-

nem Causalzusammenhang, sondern die Urtheilsschuld bildet eine selbständige Anwendung des allgemeinen Princips. Ihr Drückendes bestand im classischen Recht freilich eben so wohl darin, daß die Infitiation sie auf das Doppelte steigerte, als daß die Proscription infamirte, im Justinianischen aber liegt es nur noch darin, daß sie sofort executorisch ist, während eine andere erst ausgeklagt werden muß. Wollte man aber auch Sell's Erklärung gelten lassen, so würde man doch genöthigt seyn, das Stehenbleiben der Verdoppelung in dieser Stelle für ein Versehen der Compilatoren zu nehmen, da Justinian durch die geflissentliche Austilgung der in duplum revocatio deutlich ausspricht, daß die Judicatsklage nur auf das Einfache gehen soll. Denn wenn Sell diese Weglassung daraus erklären zu können glaubt, weil das Urtheilsläugnen seltener geworden sey, seitdem mündliche Erkenntnisse außer in geringfügigen Sachen gemeiner Leute nicht mehr vorkommen sollen [44]), so beschränkt er wieder die Infitiation auf das Abläugnen der faktischen Existenz des Urtheils, während sie nach der richtigen Ansicht auch die rechtliche umfaßt, so daß die Nichtigkeitsgründe durch die Vorschrift schriftlicher Abfassung sogar noch um einen vermehrt sind.

V. Condiction der Urtheilsschuld.

Der Grundsatz, daß die Rückforderung einer gezahlten Urtheilsschuld ausgeschlossen ist, sie mag begründet

44) L. 1—3. C. de sent. ex peric. (7, 44.). L. 6. C. de sent. (7, 45.). Nov. 17. c. 3.

gewesen seyn oder nicht, wird in mehreren Anwendungen so entschieden anerkannt, daß über ihn kein Zweifel möglich ist.

Dahin gehört zuerst:

L. 74. §. 2. de iudic. (5., 1.). (Julian.) Cum absentem defendere vellem, iudicium, mortuo iam eo accepi et condemnatus solvi: quaesitum est an heres liberaretur item quae actio adversus eum competeret? Respondi: iudicium, quod iam mortuo debitore per defensorum eius accipitur, nullum esse; et ideo heredem non liberari: defensorem autem, si ex causa iudicati solverit, repetere quidem non posse, negotiorum tamen gestorum ei actionem competere adversus heredem, qui sane exceptione doli mali tueri se possit, si ab actore conveniatur.

Die Anordnung eines Judiciums gegen einen Verstorbenen, ebenso die Verurtheilung eines inzwischen Verstorbenen auf den Grund einer noch gegen den Lebenden erlassen Formula ist nichtig, da ein Todter weder zum dare noch zum iudicatum facere oportere verpflichtet ist, die Formel muß vielmehr gegen die Erben erlassen oder auf sie transferirt werden[45]). Auch daß ein De-

45) L. 2. quae sent. (49., 8.). Paulus respondit, eum, qui in rebus humanis non fuit sententiae dictae tempore inefficaciter condemnatum videri. §. 1. Idem respondit adversus eum, qui in rebus humanis non esset, cum index datus est: neque iudicis dationem valuisse, neque sententiam adversus eum dictam vires habere. Vgl. Keller über Litiscontestation und Urtheil (1827) S. 351 — 353.

fensor nach dem Tode des Judicium eminimt, ändert hieran nichts, da auch in diesem Fall die Intentio auf den Todten gerichtet blieb. Daraus folgt, daß der Erbe durch die Intervention eines Defensors nicht liberirt wird, denn die Liberation setzt die Gültigkeit des Judiciums voraus, das von dem Defensor angenommene, auf den Verstorbenen, nicht auf den Erben lautende Judicium aber ist ungültig. Eben so gewiß ist es, daß der Defensor, welcher das nichtige Judicat erfüllt, ein Indebitum bezahlt hat. Nach allgemeinen Grundsätzen müßte er also condiciren können. Da jedoch die vermeinte Schuld eine putative Urtheilsschuld ist, so bleibt ihm nur übrig, sich an den Erben zu halten, welchem er, wenn auch keine Befreiung von seiner Schuld — denn er hat eben nicht im Namen des Erben gezahlt — aber doch eine doli exceptio gegen die abermalige Klage des befriedigten Gläubigers erworben hat.

Noch deutlicher ist unser Satz ausgesprochen in

L. 36. fam. herc. (10., 2.). (Paul. lib. 2. quaestionum.) Cum putarem te coheredem meum esse idque verum non esset, egi tecum familiae herciscundae iudicio et a iudice invicem condemnationes et adiudicationes factae sunt: quaero rei veritate cognita utrum condictio invicem competat an vindicatio et an aliud in eo qui heres est, aliud in eo qui heres non sit, dicendum est? Respondi: Qui ex asse heres erat, si, cum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae herciscundae iu-

dicium, et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudicati solvit repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae herciscundae nisi inter coheredes acceptum: sed quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quod si neuter eorum heres fuit, sed quasi heredes essent, acceperint familiae herciscundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice diviserunt res, etiam condictionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit qui fuit heres competere dici potest, non enim transactum inter eos intelligitur cum ille coheredem esse putaverit.

A. ist einziger Erbe des Z., hält aber den B. für seinen Miterben, provocirt auf eine Erbtheilungsklage, wird ihm zu gewissen Leistungen verurtheilt und erfüllt dieses Judicat. Darauf entdeckt er seinen Irrthum und will die bezahlte Nichtschuld zurückfordern. Wäre die Auseinandersetzung außergerichtlich erfolgt, so würde der Condiction Nichts entgegenstehen. Da er jedoch eine vermeinte Urtheilsschuld erfüllte, so ist die Repetition ausgeschlossen. Zwar könnte Jemand sagen: die Erbtheilungsklage setze zu ihrer Rechtsbeständigkeit das Erbrecht aller Betheiligten voraus, mithin sey das Judicat null und der Condicent habe juristisch gar nicht ex causa iudicati erfüllt. Allein jedenfalls glaubte doch der Klä-

ger wenigstens eine Urtheilsschuld zu erfüllen, und schon dieses reicht vollkommen hin, die Rückforderung zu beseitigen.

Etwas versteckter ist die Regel in einer Auseinandersetzung Julian's über die cautio de rato enthalten:

L. 22. §. 2. Ratam (46., 8.). (Julian.) Quodsi procurator per iudicem non debitam pecuniam exegisset dici potest sive ratum dominus habuisset sive non habuisset fideiussores non teneri: vel quia nulla res esset, quam dominus ratam habere possit: vel quia nihil stipulatoris interest ratum haberi. Adficietur ergo iniuria is qui procuratore solvit: magis tamen est, ut, si dominus ratum non habuerit, fideiussores teneantur.

A. klagt als Bevollmächtigter des B. von Z. 1000 Thlr. ein, welche dieser dem B. gar nicht schuldig ist. Er verspricht dem Z., daß B. die gerichtliche Einziehung genehmigen werde, und stellt dem Z. für dieses Versprechen Bürgschaft. Wenn B. die Prozeßführung des A. anerkennt, so sind die Bürgen aus der Stipulation natürlich zu Nichts verpflichtet. Dasselbe könnte man annehmen wollen, wenn B. die Ratihabition verweigert. Denn erstlich, könnte Jemand sagen, fehle es an einer Forderung des B. gegen Z., also an einem Gegenstande der Ratihabition [46]). Zweitens scheint es auch an dem erforderlichen Interesse zu mangeln, auf welches die Con-

46) L. 6. §. 9. de neg. gest. (3., 5.) nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit.

demnation in der Stipulationsklage zu richten ist [47]). Denn da die Zahlung in Folge eines Judicats geschehen ist, so fällt die Condiction, welche bei einer außergerichtlichen Zahlung gegen B. eintreten würde, wenn B. durch Genehmigung der von A. empfangenen Zahlung das Geld gewissermaßen selbst empfangen hätte [48]), ohnehin fort, folglich kann es Z. einerlei seyn, ob B. ratihabirt oder nicht. Allein eben in diesem Wegfall der Condiction liegt das juristische Interesse des Z., sich an den Procurator A. und dessen Bürgen mittels der Stipulationsklage halten zu können, und darum ist es richtiger, ihm diese zu gewähren.

Eine beiläufige Erwähnung unsers Satzes findet sich endlich in

L. 1. C. de cond. iud. (4., 5.). (Antonin.) Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa iudicati solutae esse repetitionem iure condictionis non ambigitur.

Was ist nun aber der Grund dieser Ausschließung der Condiction?

Die römischen Juristen geben nur die ganz allgemeine Andeutung, daß sie in der Kraft des richterlichen Urtheils zu suchen sey und daher bei wissentlich wiederholter Annahme von Zahlungen nur eine Anklage wegen Stellionates übrig bleibe.

47) L. 3. pr. Ratam (46., 8.) quanti ea res erit. L. 13. quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui. L. 18. eod. quod interest agentis. L. 19. eod. quod intersit stipulatoris.

48) L. 22. pr. L. 16. pr. Ratam (46., 8.).

L. 29. §. 5. mandati. (17., 1.) (Ulpian.) ubi creditor vel non numeratam pecuniam vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim *propter auctoritatem rei iudicatae* repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur.

Die neuern Juristen haben die Sache meistens als eine rein positive gesetzliche Bestimmung des römischen Rechts behandelt und sich daher von vorn herein nicht bemüht, in ihren Grund und Zusammenhang mit dem Rechtssystem einzudringen. Die Wenigen, welche sich überhaupt auf die Sache einlassen, thun es in folgender Weise:

Sell behält (S. 4.) „den Versuch, die anscheinend räthselhafte Bestimmung, wonach in den Litiscrescenzfällen die condictio indebiti wegfällt, in ihren Gründen zu erklären, dem Verlauf des im ersten Hefte der Jahrbücher begonnenen Aufsatzes Nro. III." vor. Das Bedenkliche dieser Verweisung zum Separatum wird sich noch weiter unten herausstellen.

Die Mehrzahl, darunter Voet, Glück, Huschke, von Vangerow [49]), führt den von den Andeutungen

49) Voët. comm. ad Pand. 12., 6. §. 15. „ab initio simplum solvere maluisse censetur, quam per infitiationem sese periculo condemnationis in duplum exponere atque ita super duplo quasi transegisse." Glück 13. S. 94. „Der Grund, auf welchem diese Verordnung beruht, scheint der zu seyn, weil hier eine

der Römer ganz abweichenden Gedanken aus: der Schuldner wolle sich mit der Zahlung von der Gefahr, das Doppelte zahlen zu müssen, durch eine Art von Vergleich loskaufen. Da er wisse, daß, wenn er läugne, er entweder absolvirt oder auf das Doppelte verurtheilt werde, so zahle er lieber sogleich einfach, um der möglichen Doppelzahlung zu entgehen. Allein die Absicht, über die Nichtigkeitsbeschwerde zu transigiren, würde voraussetzen, daß die Gültigkeit der Verurtheilung und der Erfolg der Querel dem Zahlenden problematisch erscheint. In den allermeisten Fällen aber wird er eben nur deßhalb Zahlung leisten, weil er fest an den Rechtsbestand des ungültigen Urtheils glaubt. Daß dieser Irrthum die Absicht zu transigiren ausschließt, erkennt auch Paulus an, wenn er am Schluß der angeführten L. 36. fam. herc. (10., 2.) sagt: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit. Zwar beruft sich Huschke noch auf den Satz: iuris error non prodest ad adquirendam condictionem. Allein erstlich kann der Irrthum über die Gültigkeit des Judicats ein faktischer seyn, indem der Zahlende etwa über das Miterbrecht oder das Leben des Gegners eine falsche Vorstellung hat. Zweitens hat die alte Rechtsregel iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus suum vero

---

Art von Vergleich angenommen wird, vermöge welchen derjenige, an den die Forderung gemacht wurde, lieber das Einfache habe bezahlen, als sich der Gefahr, aufs Doppelte condemnirt zu werden, auszusetzen." Huschke, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII. S. 274. 281. v. Vangerow, Leitfaden III. (1847) S. 371.

petentibus non nocet [50]) eine weit speciellere Bedeutung, als Huschke annimmt: adquirere geht nicht auf jeden Erwerb, sondern nur auf Usucapion, bei welcher auch die Unterscheidung des faktischen und rechtlichen Irrthums allein von Wichtigkeit ist, und der Satz suum petentibus error iuris non nocet bedeutet bloß, daß dem Diebe gegenüber die Verwechselung der Vindication auf suum esse mit einer Condiction auf dare oportere dem sein Eigenthum verfolgenden Kläger keinen Nachtheil bringen, sondern auch die letztere Klage gegen den Dieb tenent seyn soll [51]). Die Begründung dieser Ansicht würde freilich eine eigene Abhandlung voraussetzen.

Hollweg findet in der Ausschließung der Condiction eine heilsame Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde. Der Verurtheilte, sagt er, soll das einmal geleistete Judicatum unter dem Vorwande der Nullität des Urtheils nicht wieder fordern können [52]). Allein daß der Verurtheilte das Geleistete wieder erhält, wenn er durch Appellation die Rechtskraft des Urtheils beseitigte, wissen wir mit völliger Bestimmtheit [53]). Nun steht aber die Nichtigkeitsbeschwerde im Allgemeinen der Appellation gleich. Es ist daher gewiß nicht zu bezweifeln, daß auch

50) L. 7. de iuris et facti ign. (22., 6.).

51) Gai. 4., 4. §. 15. I. de act. (4., 6.)

52) Hollweg, Versuche (1827) S. 115. Note 45. Geschichte des röm. Civilproz. S. 375. Note 4.

53) L. 11. de app. (49., 1.) (Ulpian.) cum ex causa iudicati soluta esset pecunia ex necessitate iudicis ab eo qui appellatione interposita meruerit meliorem sententiam recipere eum pecuniam quam solvit oportebit.

dieses Rechtsmittel, siegreich durchgeführt, dem Querulanten das bereits Gezahlte oder im Wege der Execution Eingezogene wieder verschafft. Mithin liegt in der Versagung der Condiction nicht etwa eine Beschränkung der Querela und Exceptio Nullitatis, sondern Beides ist getrennt zu denken und die Meinung vielmehr die, daß der Querulant das Gezahlte nur durch Nichtigkeitsbeschwerde, d. h. unter Gefahr des Doppelten im Unterliegungsfalle, nicht aber durch eine einfache Condiction ohne Succumbenzstrafe wieder erhalten soll.

Das Unzulängliche dieser Erklärungen nöthigt zum Versuche einer neuen. Dafür halte ich die folgende, ihre Richtigkeit zu prüfen muß ich Andern überlassen.

Mir scheint in der Versagung der Condictio Indebiti ein nothwendiges Complement der auctoritas rei iudicatae enthalten zu seyn, wie dieses schon die römischen Juristen angedeutet haben. Wenn A. von dem B. ein Darlehen von 1000 Thlrn. fordert und der Richter den B. condemnirt, so ist unter den Parteien rechtskräftig erkannt, daß der zu zahlende Posten ein Debitum des B. gegen A. ausmache, und dieses Resultat des Prozesses kann nur durch die Rechtsmittel der Appellation oder In Duplum Revocatio oder der prätorischen Restitution rückgängig gemacht werden. Abgesehen von diesen Rechtsmitteln gilt die Regel: post rem iudicatam nihil quaeritur [54]). Würde nun B., nachdem er die 1000 Thlr.

---

54) L. 56. de re iud. (42., 1.) (Ulp.). Post rem iudicatam vel iureiurando decisam, vel confessionem in iure fa-

bezahlt hat, mit der Behauptung gehört, der Posten sey ein Indebitum gewesen, so wäre dieß ein Verstoß gegen das positive Resultat des rechtskräftig entschiedenen Prozesses. Wie also die Regel qua de re semel actum est de ea re amplius agi non potest dem wiederholten Anspruch des Klägers nach abgeurtheilter Sache entgegensteht, so schützt die Ausschließung der Condiction das anerkannte dare oportere gegen die entgegen stehende Klage des frühern Beklagten.

Man könnte einwenden, denselben Schutz gewähre dem Kläger schon die exceptio rei iudicatae. Allein unsere Regel gehört einer Zeit an, in der es noch keine Exceptionen gab [55]).

Einen andern Einwand könnte Jemand aus dem der condictio indebiti anklebenden Character einer Civilrestitution entnehmen wollen. Da gegen Zahlung eines Indebitum aus einem nichtigen Urtheil durch prätorische Restitution geholfen wird, so könnte man auch die civile für zuläſſig halten wollen. Allein die außerordentliche, auf dem Imperium beruhende Hülfe setzt außer dem Irrthum noch einen besondern Restitutionsgrund, z. B. Minderjährigkeit voraus (Note 6.). Ueberdieß wird sie gegen das Jus civile gewährt. Der Condicent aber will durch das Jus civile selbst geschützt seyn. Und hier wird

---

ctam nihil quaeritur post orationem divi Marci: quia in iure confessi pro iudicatis habentur.

55) Gai. 4., 108. alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat, nec omnino ita ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

ihm, auch wenn er auf entschuldbare Weise irrte, doch immer die civilrechtliche Auctorität des Urtheils entgegen stehen. Denn er muß ein Indebitum behaupten und beweisen, welches eben nicht anders als in der Form eines Rechtsmittels gegen das Urtheil statthaft ist. Die Condiction aber ist kein Rechtsmittel, sondern eine ordentliche Klage.

Das gewonnene Resultat ist nicht ohne praktische Bedeutung.

In der oben angeführten Stelle aus Paulus Quästionen wurde nebenher auch die Frage aufgeworfen, aber nicht beantwortet, ob der Erbe die dem vermeinten Miterben vom Theilungsrichter adjudicirten Sachen wegen Nichtigkeit des Prozesses und Urtheils vindiciren könne? Nach dem gewonnenen Princip müssen wir die Vindication aus demselben Grunde für unstatthaft erklären, aus welchem die Condiction verworfen wurde: weil das Urtheil nur durch die Rechtsmittel der Appellation, Restitution, und revocatio in duplum beseitigt werden kann.

Von dem gewonnenen Standpunct aus ist auch erst eine Einsicht in das Justinianische Recht möglich. Manche Schriftsteller haben aus der Reception der Verwerfung der Condiction den Schluß ziehen wollen, daß auch die actio iudicati im Justinianischen Recht im Fall des Läugnens noch auf das Doppelte gehen müsse [56]). Sie betrachten nämlich die erstere als die Wirkung der letztern und schließen von ihrer Fortdauer

---

56) Sell §. 8. S. 29. Hollweg, Versuche S. 115. Note 45.

auf die der Ursache. Allein die Versagung der Condiction ist eine unmittelbare Anwendung des Princips der Rechtskraft und völlig unabhängig von der Richtigkeitsbeschwerde. Denn der Richter kann gar wohl die Existenz einer Schuld angenommen haben, wo ein Indebitum vorlag, ohne daß deßhalb das Urtheil nichtig wäre. Umgekehrt fällt die Condiction auch da weg, wo das Urtheil völlig gültig ist. Es war mithin durchaus keine Inconsequenz, wenn Justinian die sententiae in duplum revocatio aufhob und die davon unabhängige Verwerfung der Condiction bestehen ließ. Er hätte die Nichtigkeitsbeschwerde ganz abschaffen können, und die Verwerfung der Condiction würde in der Ordnung gewesen seyn, wenn nur die Rechtskraft beibehalten worden wäre.

VI. Vergleich nach dem Urtheil.

Vergleich ist Entscheidung über einen zweifelhaften Anspruch durch einen Vertrag, kraft dessen das ungewisse Rechtsverhältniß gegen eine gewisse Entschädigung aufgegeben wird. Nun wird jedoch die nothwendige Voraussetzung dieses Vertrags, die Ungewißheit, durch das Urtheil weggenommen. Mithin ist ein Vergleich über den abgeurtheilten Anspruch unmöglich, denn es wäre nicht weniger widersinnig, eine Sache, welche einmal entschieden ist, vergleichen, als eine verglichene oder entschiedene Sache durch ein (zweites) Urtheil erledigen zu wollen.

Diese Unstatthaftigkeit des Vergleichs ist denn auch

zu allen Zeiten auf das Bündigste und Unzweideutigste anerkannt. So bei

Paul. sent. I. 1. §. 5. Post rem iudicatam pactum nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.

L. 4. C. Greg. de transact. (2., 11.). (Valerian und Gallienus). Praeses provinciae aestimabit utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae ordinem facta sit an de re iudicata, quia de re iudicata pacisci nemo potest (259.).

Der letzte Satz ist in die Consultatio c. 9. aufgenommen.

Aehnlich lautet L. 12. C. de transact. (2., 4.) vom Jahr 260. Praeses provinciae examinabit utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae administratores facta sit: an ambitiose id, quod indubitate deberi possit, remissum sit: nam priore casu ratam manere transactionem iubebit: posteriore vero casu nocere civitati gratiam non sinet.

Wenn daher Africanus (Note 27.) von den dreißig dies iusti nach dem Judicat behauptet, man habe während derselben zwar keine iuris actio gegen den Verurtheilten vornehmen, aber doch mit demselben paciściren können (erat autem ius interea paciscendi), so meint er unter diesen Verträgen nicht etwa Vergleiche über den ursprünglichen durch das Judicat entschiedenen Anspruch, sondern, wie aus den gleich folgenden Worten ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta

hervorgeht, remissorische Verträge, durch welche die Strafklage in ähnlicher Weise aufgehoben und abgekauft wurde, wie es beim Diebstahl und der Injurie Rechtens war. (Note 8.) Daß dergleichen eine gänzliche oder partielle Schenkung enthaltenden Verträge keine lis dubia voraussetzen, bedarf keiner Auseinandersetzung.

Die nächste praktische Bedeutung der aufgestellten Regel ist diese. Während die Nexi Liberatio den Anspruch aus dem Judicat selbst, der formlose remissorische Vertrag dessen executivische Geltendmachung aufhebt, behält die Execution, des Vergleichs ungeachtet, ihren ungehinderten Fortgang. Wenn also der Kläger eine Forderung auf 1000 Thlr., von denen ihm 800 rechtskräftig zugesprochen sind, ungeachtet dieses Urtheils gegen 500 aufgeben zu wollen erklärt, so kann der Schuldner die Execution nur durch Zahlung von 800, nicht aber durch die Einrede des Vergleichs von sich abwenden.

> Consult. c. 4. = L. 3. C. Herm. de pactis et transactionibus. Pacto transactionis exactio iudicati non tollitur. Unde si pater tuus condemnatus iudicio post transegerit et solvit, solutione magis quam transactione tuum defende negotium.

Darin kann auch die generelle Stipulationsclausel EAQVE QVAE SVPRA SCRIPTA SVNT, SIC RECTE DARI FIERI STIPVLATVS EST AVLVS AGERIVS, SPOPONDIT NVMERIVS NEGIDIVS, welche auch den Vergleichsurkunden am Schluß hinzugefügt zu werden pflegte[57]), nicht die geringste Aen-

57) L. 7. §. 12. de pactis (2., 14.). L. 71. pr. pro soc.

derung hervorbringen. Denn der Schuldner promittirt darin nur eben dasselbe, was er aus dem Pactum zu geben verpflichtet ist, da er nun aus diesem Nichts schuldet, so folgt, daß auch die Promission leer und inhaltslos und darum nichtig ist, daß folglich eine Novation, die wenigstens eine klaglose Obligation voraussetzt, nicht eintritt, mithin auch die actio iudicati bestehen bleibt und die Execution ihren Verlauf behält. So ist folgende Stelle der Consultatio zu verstehen:

> Consult. c. 9. = L. 1. C. Greg. de transact. (2., 11.) (Antoninus). Summa sententia comprehensa, quam — iudex in condemnationem deduxit, minui pacto non potuit: ac propterea sublata cautione transactionis, quae nullo iure interposita est, Septimius Varianus rem iudicatam exequetur.

Und zwar ist die Stelle um so mehr so zu verstehen, als cautio transactionis hier nicht bloß auf die Uebereinkunft, sondern auch auf die derselben angehängte Stipulationsclausel zu beziehen ist.

Anders verhält sich aber die Sache, wenn der Kläger den ungeachtet des Vergleichs unverletzt gebliebenen Executionsanspruch durch die aquilianische Stipulation QVIDQVID TE MIHI EX CAVSA IVDICATI DARE FACERE OPORTET QVANTI EA RES EST TANTAM PECVNIAM DARI STIPVLATVS EST AVLVS AGERIVS SPOPONDIT NVMERIVS NEGIDIVS in eine Verborum Obligatio umgewandelt und

(17., 2.). L. 122. §. 1. L. 134. §. 13. L. 140. pr. de V. O. (45., 1.). L. 6. 9. 17. C. de transact. (2., 4.).

diese Forderung durch Acceptilation aufgegeben hat. In diesem Fall ist der ganze Anspruch zerstört. Denn die actio iudicati ist schon durch die Novation beseitigt, deren Wirksamkeit, da sie keineswegs den nichtigen Vergleich, sondern das gültige Judicat betraf, nicht bezweifelt werden kann [58]). Die an ihre Stelle getretene Stipulationsforderung aber ist durch die Acceptilation aufgehoben.

Dieser Satz ist völlig unzweifelhaft, wenn die Acceptilation eine Schenkung enthält, da unter dieser Voraussetzung auch schon die Convention selbst wirksam gewesen seyn würde.

> L. 17. de donat. (39., 5.) (Ulpian.). Si in stipulatum iudicatum novationis causa deductum sit et stipulatio donationis causa accepto lata: dicendum est locum liberationem habere.

Er gilt aber auch, wenn das Geschäft transactionis causa geschlossen ist und kam daher bei den Vergleichen regelmäßig zur Anwendung, da die Hinzufügung der aquilianischen Stipulation in römischen Vergleichsurkunden nicht zu unterbleiben pflegte [59]). Denn für diese aquilianische Stipulation und Novation bildet der Vergleich zwar das Motiv, sie selbst aber ist immerhin ein

---

58) L. 4. §. 4. de re iud. (42., 1.). L. 2. C. de exec. rei iud. (7., 53.).

59) L. 15. de transact. (2., 15.) = Paul. sent. I. 1. §. 3. Pacto convento Aquiliana — stipulatio subiici solet: sed consultius est, huic poenalem quoque stipulationem subiungere: quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest. L. 2. eodem. (Ulp. lib. 74. ad edictum) Transactum accipere quis potest, non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta sed et si pactum conventum fuerit factum.

einseitiges von der Vergleichsconvention verschiedenes Geschäft, welches von der Ungültigkeit des Transacts nicht afficirt wird, sondern nur durch Restitution beseitigt werden kann [60]).

Entscheidend hierüber ist besonders folgendes Rescript Diocletian's und Maximian's vom Jahr 294.

L. 32. C. de transact. (2., 4.). Si causa cognita prolata sententia, sicut iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis sollennitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi non est opinionis incertae. Proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, praeses provinciae usitato more legum rebus pridem iudicatis effectum adhibere curabit.

Man hat aus dieser Stelle, zusammengehalten mit dem allgemeinen Satze (S. 293.) ex his causis quae inficiatione duplantur, pacto decidi non potest, den Grundsatz ableiten wollen, daß Vergleiche „in Stipulationsform" nach rechtskräftigem Urtheil gültig seyen, woraus dann weiter gefolgert wird, daß im heutigen Recht, in welchem alle Pacta klagbar sind, die Ungültigkeit der Vergleiche nach entschiedener Sache ganz wegfalle.

Allein es muß nicht sowohl zwischen dem Pactum und der Stipulation als vielmehr zwischen der remissorischen und promissorischen Schlußclausel unterschieden werden. Die

60) Vgl. L. 4. 15. 40. C. de transact. (2., 4.). L. 5. C. Greg. de transact. (1., 11.) (Hänel).

erstere ist wirksam, die letztere nicht. Da nun erst beide Clauseln zusammen genommen den Inhalt der ihrem Wesen nach gegenseitigen Vergleichsconvention ausdrücken, so folgt, daß man keineswegs behaupten kann, die Einkleidung in Frage und Antwort genüge, den ganzen Vergleich nach rechtskräftigem Urtheil klagbar zu machen. Auch würde sonst für das römische Recht die Ungültigkeit des Vergleichs nach dem Erkenntnisse kaum praktische Bedeutung gehabt haben, da, wie gesagt, nach römischem Gebrauch beide Schlußclauseln den Vergleichsurkunden hinzugefügt zu werden pflegten. Für das heutige Recht, welchem diese Sitte fremd ist, bleibt die volle Unwirksamkeit des Vergleichs nach dem Urtheil, auch in seinem zerstörenden remissorischen Theile als Regel bestehen [61]).

Eine weitere Anwendung der Nichtigkeit des Vergleichs über den entschiedenen Rechtsstreit zeigt sich in dem Rückforderungsrecht.

---

61) Vgl. hierüber Sell §. 15., dem auch Vangerow, Leitfaden 3., §. 668. folgt. Schon früher war Thibaut (über Vergleiche gegen rechtskräftige Urtheile) Archiv für civ. Praxis VIII. Num. 12. (1825) zu diesem Resultat gelangt, ungeachtet einer höchst mangelhaften Einsicht in den Grund des „Vergleichsverbots" und einer falschen Auslegung der im Text angeführten Stelle. Dagegen erklärte sich Goldschmidt, daselbst IX. Num. 5. (1826) über Vergleiche nach rechtskräftigen Erkenntnissen, der aber zwischen dem Vergleich und Nachlaß nicht gehörig unterschied und dadurch eine Replik des Erstern (Thibaut über Vergleiche gegen rechtskräftige Urtheile, daselbst IX. Num. 22.) hervorrief. Manche der in diesen Verhandlungen eingemischten Irrthümer hat Franke, in der Tübinger crit. Zeitschr. IV. S. 42—47. zu berichtigen versucht.

Wenn der transigirende Schuldner das in dem Vergleiche ungültiger Weise Versprochene zahlt, so kann er freilich die gezahlte Summe auf die Urtheilsschuld anrechnen, selbst wenn diese aus einer Alimentenforderung herrührt und der Vergleich ohne obrigkeitliche Genehmigung zu Stande kam, also in zweifacher Hinsicht ungültig ist. Denn die Zahlung enthält indirect ein iudicatum facere, welches die Urtheilsschuld mindert oder aufhebt und die Execution ganz oder theilweise sistirt[62]). Allein der Schuldner kann auch die Nichtigkeit des Transacts geltend machen und das aus diesem Gezahlte als ein Indebitum condiciren. Jedoch kann in diesem Fall der Gläubiger, wenn das aus dem Vergleich Geleistete dem Gegenstand der Urtheilsforderung gleichartig, also beides baares Geld ist, dasselbe auf diese Forderung compensiren. Ist es ungleichartig, so hat er wenigstens ein Retentionsrecht.

L. 23. §. 1. de cond. indeb. (12., 6.) (Ulpian.) Si post rem iudicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit: idcirco quia placuit transactionem nullius esse momenti — retineri tamen et compensari in causam iudicati quod ob talem transactionem solutum est, potest.

---

62) Consult. c. 4. = L. 3. C. Herm. de pactis et transactionibus. L. 7. §. 1. 2. de transact. (2., 15.) (Ulpian.) — solutione magis quam transactione — defende negotium — transactio non peremit rem iudicatam, tamen eo quod datum est, relevari rem iudicatam oportet — non proficit ad transactionem extenuat tamen rem iudicatam —.

Ueber den Grund der Ungültigkeit des Vergleichs sind uns zwei Ansichten überliefert.

Der Verfasser der Consultatio, wie anderswo gezeigt wurde [63]), ein gallischer Jurist des fünften Jahrhunderts, betrachtet ihn als eine Verletzung des öffentlichen Rechts. Wie dieses gemeint ist, geht aus folgender Anwendung hervor. In einem Rechtsstreit waren die Parteien übereingekommen, nach gesprochenem Urtheil noch auf zwei Schiedsrichter zu compromittiren. Von diesem Vertrage nun behauptet jener Jurist, er beruhe auf einem Verkennen der Gränzen des schiedsrichterlichen Amts und es sey ein unverantwortlicher Leichtsinn, einen bereits gerichtlich entschiedenen Rechtsstreit durch Vertrag der nochmaligen Entscheidung eines Vereins von nicht einmal drei Mitgliedern zu unterwerfen. Wären diese auch noch so angesehene Männer, so fehle ihnen doch die öffentliche Auctorität und die Macht, ein gesprochenes Urtheil zu revidiren, die nur höhern Staatsbehörden und zuletzt dem Princeps zukomme. Wollten sich die Parteien bei dem Urtheil nicht beruhigen, so hätten sie an den Princeps appelliren, oder ihre Ansprüche schenkungsweise aufgeben müssen. Vergleiche und Compromisse nach dem Urtheil aber verstießen gegen die bestehende Gerichtsverfassung, da sie Privaten ihre Stelle über den Gerichten anwiesen [64]).

63) Rudorff, über Entstehung der Consultatio: in dieser Zeitschrift 13., Num. 2. (1846.)

64) Consult. c. 7. dum contra legum iurisque ordinem veniens iustam arbitrii ignoravit custodire mensuram, quae tanta

Daß diese Auffassung keine individuelle jenes Juristen, sondern eine allgemeiner verbreitete war, erhellt aus einer Anwendung derselben, die sich in einem Rescript von Valentinian und Valens im Theodosischen Codex findet. Die Strafstipulation, welche die alten Juristen als Sicherungsmittel gegen die etwanige Nichtigkeit des Vergleichs anempfahlen (Note 59.), soll ebenfalls von der Ungültigkeit des Vergleichs ergriffen werden, da sie dazu dient, einen unerlaubten Vertrag (pactum contra ius factum) zu befördern.

L. 2. C. Theod. de transact. (2., 9.). Post sententiam pacisci non licere iuris ordine praecavetur. Unde cum supplicans inique se oppressam et post sententiam sacri auditorii depactam se esse commemorat, amota poena, quam pacto contra ius facto serenitas tua inesse praeviderit, legum auxilio consulat supplicanti.

In das Justinianische Rechtsbuch ist jedoch jene Ansicht und die eben erwähnte Anwendung derselben nicht

---

duarum personarum dignitas potuit reperiri aut quae intra regionem tanta fuit defectio iudicantium, ut nec triumvirale iudicium etiam de rebus iudicatis male paciscentium non tam electio sed quod verius est facilitas eligeret. de rebus enim iudicatis soli principi et contra iudices licuit iudicare. aut si ita convenerat, ut iudicii vinculum solveretur. ergo pactio ipsa iudicii ordinem et constitutionem infirmat, quae distingit quod tamen non paciscendo sed donando fieri potuisset — — temeritas iudicantis, ubi minor numerus post maiorem — et religiosorum quos non summi pontificatus honor attollit contra res iudicio terminatas praesumserit ferre sententiam — demum, si quae in contentionem veniunt aut ampliori numero iudicum aut summae potestatis sunt arbitrio decernenda.

übergegangen. Ihm ist der Grund der Ungültigkeit nur die durch das Judicat gehobene Ungewißheit, ohne welche sich zwar ein Erlaß (pactum donationis causa), aber kein Vergleich und Compromiß über den Anspruch denken läßt [65]). Es läßt sich daher kaum rechtfertigen, wenn manche Juristen von einem Vergleichs**verbote** noch im geltenden Rechte reden und dafür das Streben, die Autorität der Gerichte zu stützen und möglichem Zwang vorzubeugen, als Gründe anführen [66]). Indeß enthält diese Auffassung auch für das Justinianische Recht ein wahres Element, von welchem sogleich unter Num. VII. die Rede seyn wird.

Eine eigenthümliche Ansicht über den Grund der Ungültigkeit des Vergleichs hat **Puchta** (Cursus der Inst. II. §. 157. Note f) aufgestellt. Die Unzulässigkeit soll nur so zu verstehen seyn, daß ein Pactum ungültig ist, wodurch man sich von einer Strafe für eine künftige Handlung frei machen will. Dieß könne bei jener Uebereinkunft der Fall seyn, da es sich hier nicht um eine fällige, sondern um eine künftige Strafe für ein künftiges Vergehen handele. Zweierlei scheint mir dieser Ansicht entgegen zu stehen. Einmal ist das prozessualische

65) L. 1. de transact. (2., 15.) qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit qui vero paciscitur donationis causa, rem certam et indubitatam liberalitate remittit.

66) So **Thibaut** im Archiv für civ. Pr. VIII. S. 306. Dagegen **Sell** a. a. O. S. 62., **Vangerow** a. a. O. S. 489., die aber zu weit gehen, wenn sie jene publicistischen Rücksichten ganz wegläugnen, während sie nur in der Justinianischen Compilation nicht als Motive angeführt sind.

Läugnen als solches, abgesehen von Calumnie, kein Vergehen, wie das Furtum, oder die Injurie, es fehlt also an der turpis causa, welche z. B. dem Vergleich über einen erst zu begehenden Diebstahl entgegen steht. Zweitens würde jener Grund noch mehr den Nachlaß treffen, durch welchen das Unsittliche gewiß in noch höherm Maße befördert wird. Dieser aber ist in den Fällen der Litiscrescenz gültig.

Zuletzt sind noch die Gränzen unsers Rechtssatzes bemerklich zu machen.

Inwiefern nach dem Urtheil und ungeachtet desselben noch ein Rechtsstreit möglich ist, kann auch noch ein Vergleich geschlossen werden, um diese Rechtsunsicherheit zu heben.

Vor Allem also ist ein Vergleich möglich in der Instanz der Rechtsmittel: der Appellation, der sententiae in duplum revocatio, der Nichtigkeitsbeschwerde, der Restitution. Selbst die Möglichkeit eines Rechtsmittels genügt schon, da sie auf einer Ungewißheit der faktischen oder rechtlichen Existenz des Urtheils beruht, erst das völlig unzweifelhafte und unanfechtbare Urtheil schließt den Vergleich aus [67]). Außer mehreren anderen sind hierüber besonders zwei Stellen von Ulpian bemerkenswerth:

L. 23. §. 1. de cond. ind. (12., 6.). Quid ergo? si appellatum sit vel hoc ipsum incertum sit an iudicatum sit vel an sententia valeat? Ma-

67) Consult. c. 9. L. 7. pr. de transact. (2., 15.).

gis est, ut transactio vires habeat: tunc enim rescriptis locum esse credendum est, cum de sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest, transigitur.

L. 11. de transact. (2., 15.). Post rem iudicatam etiamsi provocatio non est interposita tamen si negetur iudicatum esse vel ignorari potest an iudicatum sit quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest. (Man denke den Fall, daß die urkundliche Ausfertigung des Urtheils verloren ist.)

Damit hängt der Grundsatz zusammen, daß ein Transact vorkommen kann unter den Personen, auf welche die Wirkung des Judicats sich nicht erstreckt. Wenn also der Bürge verurtheilt ist, so kann der Hauptschuldner immer noch transigiren, denn über seine Schuld liegt kein Judicat vor und das über die Bürgschaftsschuld ergangene bindet ihn, den Transigenten, nicht.

L. 7. §. 1. de transact. (2., 15.) (Ulp.). Si fideiussor conventus et condemnatus fuisset mox reus transegisset cum eo, cui erat fideiussor condemnatus, transactio valeat, quaeritur. Et puto valere: quasi omni causa et adversus reum et adversus fideiussorem dissoluta: si tamen ipse fideiussor condemnatus transegit non peremit rem iudicatam; tamen eo quod datum est, relevari rem iudicatam oportet.

Endlich ist ein Vergleich über die Summe möglich in der Liquidationsinstanz, wenn das Urtheil die Ver-

bindlichkeit anerkannt, das Quantitative aber noch unbestimmt gelassen hat [68]).

Eine Art des Transacts ist die Eidesdelation, die daher nach gesprochenem Urtheil auch nur insofern zulässig ist, als durch irgend ein Rechtsmittel die Sache von neuem zweifelhaft geworden ist [69]).

VII. Ausdehnung des Urtheilsrechts. Geständniß.

Fassen wir die nun vollendete erste Anwendung unserer drei Rechtsregeln (§. 1.) in einem Ueberblick zusammen, so erscheinen sie in so engem und natürlichem Zusammenhange mit dem System der Rechtskraft und der Rechtsmittel, daß eine Ausdehnung über die Gränzen des Urtheilsrechts von vorn herein für unwahrscheinlich, ja abgesehen von besondern gesetzlichen Bestimmungen für unzulässig gehalten werden könnte.

In der That finden wir auch auf die dem Urtheil zunächst liegenden fines litium keine jener Regeln angewandt.

Dieß gilt zunächst von der Entscheidung eines Rechtsstreits durch Eid, Vergleich, Compromiß. Obwohl in ihrem Zweck dem Urtheil verwandt, sind sie doch bloße

68) Consult. c. 9. (Alexander). Si certa quantitas in condemnationem iudicii deducta fuerit, pacisci exinde non posse — L. 7. de confessis (42., 2.).

69) arg. L. 11. C. de R. C. (4., 1.) post definitivam autem sententiam, quae provocatione suspensa non sit, vel quae, postquam fuit appellatum, corroborata fuerit: nullo modo revocare iuramentum — concedimus —.

Privatconventionen ohne die publicistische Stellung und die executorische Kraft des Judicats. Die römischen Juristen anerkennen ausdrücklich und im Gegensatz gegen das richterliche Urtheil, daß Jeder, der aus einem Vergleiche irrthümlich schuldig zu seyn glaubt, nach Entdeckung des Irrthums das Geleistete condiciren kann.

L. 23. pr. de cond. indeb. (42., 6.) (Ulp.). Eleganter Pomponius quaerit: si quis suspicetur transactionem factam ab eo cui heres est, vel ab eo cui procurator est et quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni? Et ait repeti posse, ex falsa enim causa datum est. Idem puto dicendum et si transactio secuta non fuerit, propter quam datum est. Sed et si resoluta sit transactio idem erit dicendum.

Eben dasselbe wird in Ansehung des schiedsrichterlichen Urtheils angenommen.

L. 26. §. 10. eodem (Ulpian.). si quis quasi ex compromisso condemnatus falso solverit, repetere potest.

Eben so ist das Urtheil in einer verglichenen Sache nicht null, während umgekehrt der Vergleich über eine abgeurtheilte nichtig ist.

L. 23. §. 3. de cond. indeb. (12., 6.) (Ulp.). Si quis post transactionem nihilominus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet.

Und darin liegt das Anerkenntniß versteckt, daß die Aus-

schließung des Vergleichs und der Condiction nach dem Urtheil in der publicistischen Stellung des Richteramts und nicht bloß in der reinen Gewißheit der Entscheidung ihren Grund hat, welche durch den Vergleich in demselben Grade gewonnen wird wie durch das Urtheil.

Aber auch auf das Geständniß wird ungeachtet der alten Regel: confessus pro iudicato habetur das Urtheilsrecht nicht angewandt.

In jener Regel nämlich ist allerdings enthalten, daß das Geständniß executorisch ist, wie das condemnatorische Urtheil. Auch gestatteten demgemäß die zwölf Tafeln gegen Den, welcher eine Schuld in römischem Kupfergelde vor dem Prätor einbekannt hat, nach dreißig Tagen die Manus Injectio: QVANDO AIS NEQVE NEGAS TE MIHI SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE — OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM PRO IVDICATO MANVM INICIO [70]). Nach demselben Grundsatze verordnet die Lex Rubria: wer vor der Ortsbehörde eine Geldschuld in römischem Staatsgelde von nicht mehr als 15,000 Sesterzen eingesteht und diese weder zahlt noch dem Kläger sonst gerecht wird, der soll behandelt werden, als wenn er durch rechtmäßiges Gericht verurtheilt wäre, und der Ortsbehörde das Recht zustehen, ihn ins Gefängniß abduciren zu lassen [71]). Wer eine andere Ver-

70) Gellius XX. 1. Valerius Probus Q. A. N. N. = Quando ais neque negas.

71) Lex Rubria c. 21. A quocunque pecunia certa credita, signata forma publica populi Romani — petetur — si is eam pecuniam in iure apud eum qui ibi iuri dicundo praeerit, ei, qui eam petet — dare oportere debereve se con-

pflichtung eingesteht, wird so angesehen, als wäre er in Rom vor dem Prätor verurtheilt, von dem dann auch die Executivmaßregeln, namentlich die Abduction und Bonorum Possessio angeordnet und geleitet werden sollen [72].

Weiter aber geht die Aehnlichkeit mit dem Urtheil nach meiner Ueberzeugung nicht. Namentlich ist es keinesweges die Meinung, daß auch das Geständniß gleich dem Urtheil durch in duplum revocatio angefochten werden könnte. Vielmehr wird ausdrücklich bezeugt, daß dem Confessus wie dem Contumax sowohl dieses Rechtsmittel wie die Appellation versagt sey.

Paul. sent. V. 5a. §. 5. Confessionem suam reus in duplum revocare non potest [73].

---

fessus erit, neque id quod confessus erit solvet satisve faciet — tum de eo — sirems lex — esto atque — si is qui ita confessus erit — eius pecuniae ei — ex iudiciis datis — iure lege damnatus esset fuisset. Quique cunque duumvir — iuri dicundo praeerit, is eum — tantae pecuniae, quanta ea pecunia erit, de qua tum inter eos ambigitur — duci iubeto.

72) Lex Rubria c. 22. A quo quid praeter pecuniam certam creditam — petetur — si is eam rem ei, qui eam petet — in iure — dare, facere praestare restituereve oportere aut se debere eiusve eam rem esse, aut se eam habere eamve rem, de qua arguetur, se fecisse obligatumve se eius rei noxiaeve esse confessus erit dixeritve, neque de ea re satis — faciet, tum de eo — sirems lex — esto, atque — si is — Romae apud praetorem in iure confessus esset. Praetor — in eum — ius dicito, decernito, eosque duci bona eorum possideri proscribive venireque iubeto ac si is — de ea re in iure apud eum Praetorem — confessus esset — dum ne quis nisi Praetor — bona possideri, proscribi, venire ducique eum iubeat.

73) Vgl. Paul. sent. V. 35. §. 2. Appellationes, — quae ab executoribus et confessis fiunt, recipi non placuit.

Der Grund ist der gelegentlich des außergerichtlichen Schuldbekenntnisses angegebene: nimis indignum iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere [74]).

Dieß ist jedoch nicht so zu verstehen, daß der wirklich oder angeblich Geständige nicht einmal um den Preis des Doppelten die faktische oder rechtliche Existenz des Geständnisses in Frage ziehen dürfte. Vielmehr kann der Implorat gegen beides seine Einwendungen geltend machen, z. B. das Hinderniß der Abwesenheit des Gegners ausführen, ohne an die Fristen und Succumbenzstrafen der sententiae in duplum revocatio gebunden zu seyn.

Denn auch in Ansehung der Condiction weicht das Geständniß vor dem Magistrat von dem Urtheil ab. Wenn der Geständige darthut, er habe sich irrig für verpflichtet gehalten, die eingestandene Summe zu zahlen, so gilt er gar nicht als geständig und die Execution tritt nicht ein, es müßte denn sein Irrthum ein unverzeihlicher, z. B. ein Rechtsirrthum seyn. Eben deßhalb kann er das irrthümlich Geleistete condiciren. Man vergleiche die ganz allgemein lautende:

L. 2. de confessis (42., 1.) (Ulpian. lib. 58. ad edictum). Non fatetur qui errat, nisi ius ignoravit.

Dieser Punkt ist freilich sehr bestritten.

Hollweg will nach dem Geständniß keine Berück-

---

74) L. 13. C. de non num. pec. (4., 30.) (Justinian).

sichtigung der wirklichen Wahrheit mehr zulassen und bezieht unsere Stelle auf den unächten Irrthum über den Gegenstand des Streites, welcher den Consens und mit ihm die Existenz des Geständnisses hindert [75]). Aber was sollte dann die Ausnahme des Rechtsirrthums, die offenbar auf den Irrthum, welcher den Consens ausschließt, nicht paßt, sondern sich auf einen Fall bezieht, in welchem der Geständige die Behauptung des Klägers auch in ihrem juristischen Theil, aber aus Unkenntniß eines ihm günstigen Rechtssatzes einräumt, z. B. die Schuld eines Vermächtnisses im Betrage von 1000, weil ihm die Falcidia unbekannt ist [76]).

Brackenhöft hält die Condiction aus zwei Gründen für unstatthaft. Erstlich, weil das Geständniß vor dem Magistrat dem Urtheil gleichstehe. Aber diese Gleichstellung gilt, wie wir gesehen haben, nicht überall, da das Geständniß in seinem Wesen immer nur eine Privaterklärung und kein Ausspruch der Staatsorgane ist. Zweitens wegen des Grundsatzes: post confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur [77]). Aber hierin wird nur gesagt, daß in dem regelmäßigen Falle eines unangefochtenen Geständnisses kein

75) Hollweg, Versuche (1827) S. 271. 272.

76) Brackenhöft, Archiv für civ Pr. XX. S. 371.

77) L. 56. de re iud. (42., 1.). Vgl. L. 6. §. 2. de confess. (42., 2.) dici potest in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis divi Marci debere et omne omnino quod quis confessus est pro iudicato haberi.

Judex über die Schuld mehr bestellt wird, von der Anfechtung wegen Irrthums handelt der Jurist gar nicht.

Mit Recht hat daher schon Savigny [78]) auf die Analogie der condictio indebiti nach jeder andern Zahlung hingewiesen. Wie man nämlich wegen probabeln Irrthums eine Zahlung, ungeachtet des in ihr enthaltenen Anerkenntnisses der Schuld widerrufen kann, eben so kann man die in einem gerichtlichen Geständniß enthaltene Anerkennung einer Nichtschuld so wie die in Folge derselben erfolgte Zahlung condiciren.

Dafür spricht auch noch folgender Grund. Gegen ein Geständniß ist, wenn auch keine Appellation, doch Restitution wegen Minderjährigkeit und anderer Restitutionsgründe zulässig [79]). Die Condiction aber ist nichts Anderes, als eine Civilrestitution. Als solche setzt sie eine iusta causa voraus. Daher das Erforderniß des probabeln faktischen Irrthums [80]).

Justinian hat in einem Falle eines außergerichtlichen Geständnisses das Abläugnen mit dem Doppelten bestraft.

---

78) Savigny, System III. S. 373.

79) L. 6. §. 5. de confessis (42., 2.) minorem a confessione sua restituemus.

80) Vgl. auch L. 11. §. 10. de int. (11., 1.) qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. 12. Celsus sribit licere responsi poenitere, si nulla captio ex eius poenitentia sit actoris. Quod verissimum mihi videtur: maxime si quis postea plenius instructus, quid faciat, instrumentis vel epistolis amicorum iuris sui edoctus.

Wenn über ein Gelddarlehen ein Empfangschein ausgestellt und in demselben die Auszahlung der Summe eingestanden ist, so kann bekanntlich der Beklagte binnen eines gewissen Zeitraums — Anfangs eines Jahres, im neuesten Recht zweier — durch eine Art von Nichtigkeitsbeschwerde, die querela non numeratae pecuniae, das Empfangsbekenntniß anfechten.

Der wichtigste Unterschied von der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile besteht darin, daß der Querulant den Nichtempfang der Valuta nicht zu deduciren braucht, vielmehr der Kläger genöthigt ist, deren Zahlung zu beweisen.

Wenn nun der Beklagte durch Abläugnung seiner Handschrift dem Kläger den Aechtheitsbeweis der Urkunde, durch Verneinung des Empfangs den Beweis der Auszahlung der Darlehenssumme aufbürdet, so soll nach einer Novelle Justinian's den unterliegenden Beklagten die Succumbenzstrafe der doppelten Zahlung und des Verlusts seiner Einrede der Schuldabtragung treffen.

Die nämliche Strafe soll eintreten, wenn der Kläger die Ausstellung der von ihm gegebenen Quittung oder die Richtigkeit des darin bescheinigten Zahlungsempfangs in Abrede stellt und von dem Beklagten der Unwahrheit überwiesen wird [81]).

Wenn jedoch der Beklagte unter Vormundschaft steht und der Vormund läugnet die Handschrift ab, so trifft die Strafe natürlich den Vormund, nicht den Dominus:

---

81) Nov. 18. c. 8. Auth. Contra C. de non num. pec. (4., 30.).

vorausgesetzt, daß die Handschrift die eigene des Vormundes war, denn die des Mündels oder seines Erblassers ist er zu kennen nicht verpflichtet [82]).

Man kann jedoch diese Bestimmung Justinian's schon darum nicht an die Grundsätze vom confessum aes anschließen, weil bei diesem die in duplum revocatio nie gegolten hat. Eher könnte man sie noch allenfalls als eine Auffrischung der uralten Regeln vom Nexum, oder der Silischen Sponsion zur Erhaltung des Credits beim Darlehen betrachten. Justinian aber hat nicht mehr dieses Muster, sondern die Lex Aquilia vor Augen, daher gilt auch die Ausschließung der Condiction, die sich bei dem Nexum ohne Damnation nicht nachweisen läßt. (Num. XIII.)

VIII. Depensum.

Das unmittelbar Vorangehende ergab, daß das Recht des Urtheils auf diejenigen fines litium, welche auf Parteihandlungen ohne die öffentliche Auctorität des Urtheils beruhen, keine Anwendung fand.

Dagegen ist dieses Recht auf eine scheinbar viel weiter entlegene Klage ausgedehnt worden, die eben deßhalb stets unmittelbar neben der Judicatsklage genannt wird [83]).

82) Nov. 18. c. 9. *ὅταν ἐπ' οἰκείοις αὐτῶν τῶν κηδεμόνων γίνοιντο γράμμασι* (sc. *αἱ ἀρνήσεις*); Haloander: quando contra curatorum propriam manum fiunt.

83) Gai. 4., 9. indicati, depensi. 25. excepto indicato et eo pro quo depensum est. 102. indicati depensive. 171. iudicati aut depensi. 186. indicati depensive.

Diese Klage ist die Regreßklage des zahlenden Sponsor gegen den Hauptschuldner: die actio depensi.

Wenn der Sponsor den Reus durch Zahlung der Schuld liberirt hat, der Hauptschuldner aber binnen sechs Monaten, von dem Zahlungstage an gerechnet, dem Bürgen seine Auslage nicht wieder erstattet, so soll der Sponsor nach einer Lex Publilia von unbekanntem Alter, statt mit der gewöhnlichen im ordentlichen Prozesse zu verhandelnden mandati actio, im strengsten Executivprozesse seinen Regreß verfolgen können. Dem gemäß hat der Sponsor die Legis Actio QVOD EGO PRO TE SESTERTIVM X MILIA DEPENDI, QVAE TV MIHI IN SEX MENSIBVS PROXIMIS, QVAM PRO TE DEPENSVM EST, DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM TIBI SESTERTIVM X MILIVM PRO IVDICATO MANVS INICIO. Der gepfändete Reus mußte auch nach der Lex Valeria (Note 42.) einen Vindex, seit Aufhebung der Legis Actionen einen Sponsor iudicatum solvi und einen Vas quanti ea res erit stellen. Sonst wurde die Execution vollstreckt. Er selbst galt nicht mehr als freie und sichere Person. Es stand ihm zwar noch zu, die Richtigkeitsbeschwerde gegen das fingirte Urtheil einzulegen, wenn er aber darin unterlag, so traf ihn die Succumbenzstrafe des Doppelten.

So trägt Gaius die Sache vor [84]).

---

84) Gai. 3., 127. hoc amplius (außer der Mandatsklage) sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi. 4., 22. lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecu-

Das burgundisch-römische Rechtsbuch weicht in drei Punkten ab. Erstens erweitert es das eigenthümliche Recht des Sponsus auf alle Formen der Intercession, unter andern das Constitutum, die Fidejussio und die privative Intercession. Zweitens spricht es statt einer sechsmonatlichen Frist von einer dreimaligen richterlichen Admonition. Drittens führt es die Verdoppelung auf die Lex Aquilia, statt auf die Publilia zurück [85]). Die Vergleichung des ächten Gaius und der Gundobada läßt keinem Zweifel Raum, daß diese Differenzen theils auf Irrthümern, theils auf absichtlichen Rechtsänderungen beruhen.

Woher nun aber jene genaue Verbindung des Sponsus mit dem Judicat? Wie kam man dazu, das Urtheilsrecht auf die Bürgschaft zu übertragen, während es auf die scheinbar dem Urtheil weit näher verwandten Thatsachen des Compromisses und Geständnisses keine Anwendung leidet?

Mir scheint die Sache so zu stehen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Vin-

---

niam (sc. pro iudicato manus iniectionem dedit). 4., 25. (Vgl. Note 42.)

85) Lex Rom. Burg. tit. 15. Si quis fideiussor pro quocunque debitore aut per iudicium aut per dictum aut per chirographum delegatus extiterit et constituta die ea quae fide dixit exsolverit et postmodum eum, pro quo solvit, tertio cum notitia iudicis admonuerit, ut summam soluti debiti recipiat et ille semper distulerit, post trinam conventionem dupli redhibitione pro inficiante hoc est negante iure damnabitur secundum legem Aquiliam, quae negantes debitum dupli satisfactione condemnat.

der, welcher einen Verurtheilten oder Vorgeladenen durch seine Intercession von der persönlichen Haft befreit, gegen ihn das Recht der Manus Injectio, der strengen Executivklage hat. Dieß folgt zwar noch nicht aus der Zahlung, die ja ohne Cession der Klage des Gläubigers, die dem alten Recht unbekannt war, dessen Befugnisse auf den Bürgen nicht überträgt. Es liegt aber in der Natur der Redemtion, daß der Redemtor an dem von der Haft befreiten ein persönliches Pfand- und Retentionsrecht hat. Wenigstens bei der Auslösung aus feindlicher Gefangenschaft ist dieses ein anerkannter Rechtssatz [86]).

Nun ist aber dependere ursprünglich der Rechtsact, durch welchen der Vindex den Judicatus aus der Haft des Gläubigers auslöst. Denn dependere ist so viel als per trutinam oder per aes et libram solvere [87]), und eben diese nexi liberatio mußte angewendet werden, um einen Judicatus civilrechtlich, in der umgekehrten Form der Eingehung von seiner Verbindlichkeit zu befreien [88]).

Wenn nun das publilische Gesetz diesen strengen Executivprozeß auf den Sponsus übertrug, aus welchem

86) L. 15. de captivis (49., 15.) quasi iure pignoris finito —. L. 19. §. 9. ius pignoris quod in redempto habet. L. 21. pr. eod. remissum matri pignoris vinculum. Auf diese Analogie weist auch Huschke, Recht des Nexum S. 241. Note 378. hin.

87) Als das Wägen des Geldes abkam, hieß es freilich bloß zahlen. Plin. XXXIII. 3. et adhuc expensa in rationibus dicuntur item impendia et dependere.

88) Gai. 3., 173. species imaginariae solutionis per aes et libram — genus certis in causis receptum — veluti — sive quid ex iudicati causa debitum sit. Livius 6., 14. läßt den Manlius bei der Auslösung eines Verurtheilten sagen: tum vero ego — nequidquam hac dextra capitolium servaverim, si ci-

bis dahin nur im ordentlichen Verfahren geklagt werden konnte, so geschah dieß nicht, wie Huschke[89]) annimmt, weil der Sponsus eine „publicistische" Bürgschaftsform war, aus welcher der Sponsor per manus iniectionem haftete. Denn nach allen Nachrichten wurde vielmehr mit einer Actio ex sponsu geklagt und ein Judicium und Arbitrium bestellt[90]). Auch ist nicht abzusehen, wie aus der executivischen Verpflichtung des Sponsor gegen den Gläubiger ohne Cession eine gleiche Verpflichtung des Schuldners gegen den Sponsor folgen würde.

Eben so wenig war unter dem Sponsor bloß ein Sponsor iudicatum oder depensum solvi gemeint. Denn als die Lex Publilia erlassen wurde, bestanden die Legis Actionen noch, deren sie selber eine einführte, und so lange die Legis Actionen bestanden, war der Bürge des Judicatus kein Sponsor, sondern ein Vindex.

Vielmehr ist die von der Publilia dem Sponsus verliehene executorische Kraft mit der langen Dauer dieser Bürgschaft zusammen zu denken.

---

vem commilitonemque meum tanquam Gallis victoribus captum in servitutem ac vincula duci videam. Inde rem creditori palam populo solvit libraque et aere liberatum emittit.

89) Huschke S. 111. Note 139. Außerdem führt er noch als Grund der Manus Injectio an, daß die Depensio vor Volkszeugen geschahe. Dagegen behauptet er S. 242. Note 379., daß das Depensum nicht per aes et libram solvirt werden konnte. Beide Behauptungen scheinen sich zu widersprechen.

90) Gellius 4., 4. Varro de ling. lat. 6., 71. Cicero ad Att. 1., 8. Tulliola — tuum munusculum flagitat et me, ut sponsorem, appellat. mihi certius est abiurare, quam dependere. 16., 5. Dazu Huschke über Cicero's Forderung gegen Dolabella, Zeitschrift 14., Num. 2. (1847.)

Wenn der Schuldner volle sechs Monate lang, nachdem seine Sponsoren ihn ausgelöst haben, auf die Rückzahlung warten läßt, so gilt er einem insolventen Schuldner gleich, dessen Güter von den Gläubigern besessen und proscribirt sind, da die zu dieser Maßregel erforderliche Zeit längst verflossen ist.

Daher stellt die Lex Julia municipalis den Schuldner, der sich von seinen Bürgen hat auslösen lassen (pro quo datum depensum est) — natürlich, wenn er diese nach sechs Monaten nicht befriedigt — mit dem zusammen, dessen Vermögen nach dem Edict von den Gläubigern in Besitz genommen und feilgeboten ist (quoius bona — possessa proscriptave sunt erunt) und erklärt beide für unfähig zu Ehrenämtern in den Landstädten [91]).

Daher leistet der mit der actio depensi Belangte eben so wohl Satisdation (propter genus actionis) wie der Decoctor oder der insolvente Schuldner, dessen Vermögen von den Gläubigern in Besitz genommen und proscribirt ist. Denn wenn auch noch nicht allgemein, so gilt er doch den Bürgen gegenüber, die er stecken läßt, nachdem sie ihn auslösten, für eine verdächtige, creditlose Person (Note 42.). Das Object dieser Satisdation ist natürlich der volle Betrag des Depensum, während in den andern Klagen das Vadimonium geringer war. Denn hier sollte dasselbe nach den Bestimmungen der Lex Ju-

91) Lex Iulia municipalis tab. II. p. 113 seqq. Die vollständige Erklärung der Stelle s. bei Huschke, Recht des Nexum S. 139. Note 189.

lia judiciaria 1) niemals, auch wenn das Streitobject die Summe von hunderttausend Sesterzen weit überstieg, den Betrag der Centumviralcompetenz und des Census der ersten Klasse überschritten, 2) nicht über die Hälfte des Streitgegenstandes betragen, und 3) nur dann geleistet werden, wenn der Kläger auf Verlangen des Beklagten einen Eid ablegte, daß er nicht aus bloßer Chicane auf Promission des Vadimoniums überhaupt und insbesondere eines Vadimoniums von dem geforderten Betrage bestehe [92]).

92) Gaius 4., 183. si quidem iudicati depensive agetur tanti fiet vadimonium, quanti ea res erit, si vero ex ceteris causis, quanti actor iuraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti, nec tamen (*pluris quam partis dimidiae nec*) pluribus quam sestertium C milibus. itaque si C milium res erit nec iudicati depensive agetur non pluris quam sestertium quinquaginta milium fit vadimonium. Daß diese Bestimmungen der Lex Julia angehören, dürfen wir aus Gellius 14., 2. in rerum — diffissionibus comperendinationibus — ex ipsa lege Iulia commoniti sumus — verglichen mit Macrob. 1., 16. comperendini (dies) quibus vadimonium licet dicere, so wie aus dem augusteischen Census der ersten Klasse (Böckh, metrol. Untersuchungen S. 430.), der zugleich die Centumviralcompetenz (Paul. V. 9. 1.) bildet, entnehmen. Das Maximum der Lex Julia hat seinen Grund in dem alten Grundsatze, daß der Vindex oder Vas, gegen dessen Gestellung der Kläger den ergriffenen Beklagten frei lassen mußte, der Vermögensklasse des Beklagten angehören muß, ausgenommen unter Verwandten. Schon die zwölf Tafeln bestimmten: assiduo vindex assiduus esto, proletario qui volet vindex esto. Ein solcher hieß iustus vas (Paul. ex Festo s. v. iustum vadem idoneum sponsorem). Die Lex Aebutia ließ dieß buchstäblich nur in Centumviralsachen bestehen. Gell. 16., 10. cum proletarii et assidui et vades et subvades evanuerint omnisque illa XII tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium

Wenn man nun aber den Schuldner, der seine Sponsoren stecken läßt, so betrachtete, so folgt von selbst, daß man den Sponsoren mehr als die ordentliche Klage aus dem Auftrag oder der Geschäftsführung einräumen, das heißt, daß man ihnen sofortige Execution wegen des Depensum gewähren und den Hauptschuldner ihnen gegenüber als einen Judicatus behandeln mußte.

Indeß ist dieses Recht der paraten Execution auf die Bürgschaft des Vindex und Sponsor beschränkt geblieben, kein Gesetz, so viel wir wissen, hat den Versuch gemacht, es auf Fidepromissoren auszudehnen, so sehr diese sonst den Sponsoren gleichstehen. Auf die Fidejussio, welche nichts Anderes ist als ein in Stipulationsform gekleideter Creditauftrag, woraus sich auch die Zusammenstellung der Fidejussoren und Mandatoren in den Quellen erklärt, ist es vollends niemals angewandt. Das Recht, einen römischen Bürger, ohne förmliches Urtheil, wie einen Judicatus zu behandeln, war etwas so Eminentes, daß man Bedenken trug, es den Peregrinen zugänglich zu machen, indem man es auf nichtcivile Bürgschaftsformen übertrug.

Daraus erklärt sich denn auch sein Verschwinden im

causarum lege Aebutia lata consopita sit. Aber noch das Edict verlangt einen fideiussor pro rei quantitate locuples (d. h. des Reus, nicht der Sache). L. 1—3. in ius (2., 6.). Die Lex Rubria (710.) c. 21. sogar noch einen vindex locuples. Mithin war der reichste Bürge, welchen der Kläger verlangen konnte, ein Assiduus erster Klasse und das höchste Vadimonium der Census dieser Klasse, welcher eben zur Zeit der Lex Julia 100,000 Sesterze betrug.

Justinianischen Recht, welches das ganze Recht des civilen Sponsus paralysirt, indem es von dem Satze ausgeht sponsio appellatur non solum quae per sponsus interrogationem fit sed omnis stipulatio promissioque [93]).

In ihm haben sich nur einzelne zerstreute Spuren der depensi actio des Sponsor erhalten. Unter andern findet sich eine solche in folgenden Worten der

> L. 6. §. 7. mandati (17., 1.). (Ulpian.) Marcellus autem sic loquitur de eo, qui pecunia accepta spopondit, ut, siquidem hoc actum est, ut suo periculo sponderet, nulla actione agat: sin vero non hoc actum est utilis ei potius actio competat: quae sententia utilitati rerum consentanea est.

Denn da das Mandat wesentlich unentgeltlich geschieht, so kann die Klage, welche hier dem Sponsor iudicatum solvi zugesprochen wird, welcher sich keiner unstatthaften redemtio litis schuldig gemacht hat, keine andere als die actio depensi seyn, auf welche auch die zweimalige Erwähnung des Sponsus hindeutet.

Allein diese Spuren sind nur durch Versehen der Compilatoren in die Sammlung gekommen.

---

93) L. 7. de V. S. (50., 16.) (Paul. lib. 2. ad edictum.) Vgl. L. 19. §. 2. de aed. ed. (21., 1.) (Ulp. ad ed. aed. cur.) Dictum a promisso sic discernitur. Dictum accipimus quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum.

Dieß erhellt auch aus der Behandlung einer andern Stelle des Ulpian.

> L. 7. §. 13. de pactis (2., 14.) si paciscar ne iudicati vel incensarum aedium agatur hoc pactum valet.

Der Jurist trägt den Satz vor, daß in den Verdoppelungsfällen, wenn auch kein Transact, jedenfalls ein Erlaß möglich sey, und führt dafür zwei Beläge an: den Fall des Judicats und eine Anwendung des dritten Kapitels der Lex Aquilia: Brandstiftung an einem Hause. Erwägt man, daß es eine specielle actio incensarum aedium gar nicht gab, und wiederum, daß es fast immer die depensi actio ist, welche die alten Juristen mit der iudicati actio zusammen stellen, so gewinnt es einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit, wenn man annimmt, daß der Jurist jene Klage genannt hat und erst die Compilatoren durch eine geflissentliche Interpolation derselben einen noch praktischen Fall der aquilischen substituirten.

Eine Reminiscenz des publilischen Rechts taucht jedoch noch einmal im Novellenrechte auf. Weiter unten wird noch gezeigt werden, daß Vermächtnisse zu milden Zwecken im Läugnungsfalle auf das Doppelte erhöht werden. Dergleichen Vermächtnisse nun müssen nach einer andern Verordnung Justinian's in sechs Monaten erfüllt werden. Dieß könnte aus dem publilischen Gesetze beibehalten seyn. Die Folge der Versäumniß ist natürlich nicht mehr Manus Injectio, sondern Zinsenzahlung[94]).

94) Nov. 131. c. 12.

IX. Damnation.

Es giebt Verdoppelungen, welche nicht, wie das Depensum, auf einer Ausdehnung des Urtheilsrechts, sondern auf einer dem Judicat coordinirten Anwendung eines gemeinsamen höhern Gattungsbegriffes beruhen.

Dieß ist der Begriff der damnatio.

Damnare, lehren die Grammatiker, est damno adficere [95]). Die Richtigkeit dieser Erklärung beweist der Genitiv des Objects: capitis, pecuniae, octupli damnare ist damno capitis, pecuniae, octupli adficere [96]).

Aber das Wort enthält zugleich das Moment der rechtmäßigen Rechtsentziehung, des damnum iure datum, im Gegensatz des damnum iniuria datum, der Beschädigung als Rechtsverletzung.

Jene gesetzliche Schmälerung der Rechte nämlich ist eine doppelte: erstlich eine mittelbare, von der richterlichen Gewalt ausgehende, durch das Urtheil vermittelte: das Judicat; zweitens eine unmittelbar von der Staatsgewalt erkannte: die Damnation in engster und eigentlichster Bedeutung.

Dieser Gegensatz wird anerkannt in der Legis Actio durch Manus Injectio pro iudicato.

---

95) Servius ad Aen. 4., 699. Nonius p. 276. (Mercer.)

96) Gellius 20., 1. Cic. Verr. 2., 3. 12. Dieser Genitiv des Objects ist von hier aus auch auf das Judicat und die Abduction übergegangen. Liv. 23., 14. quique pecuniae iudicati in vinculis essent. Lex Rubria c. 21. (Note 70.) T. P. = tantae pecuniae .... sine fraude sua duci iubeto.

Gai. 4., 24. quae actio talis erat, qui agebat, sic dicebat: QVOD TV MIHI IVDICATVS SIVE DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA QVAE DOLO MALO NON SOLVISTI OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVS INICIO.

Der Jurist unterscheidet eine manus iniectio pura oder non pro iudicato und pro iudicato. Die Manus Injectio pro iudicato, welche er hier beschreibt, ist wieder eine doppelte: 1) iudicati mit der Formel quod tu mihi iudicatus es — ob eam rem ego tibi iudicati manus inicio, 2) pro iudicato mit den Worten quod tu mihi damnatus es — ob eam rem tibi pro iudicato manus inicio. Die erstere geht gegen den Verurtheilten, die zweite gegen den sonstigen Damnatus. Die gewöhnliche Erklärung, welche die Worte SIVE DAMNATVS für eine Erläuterung des vorhergehenden IVDICATVS nimmt, hat gegen sich, 1) daß der Concipient nach ihr das bestimmtere iudicatus durch das allgemeinere damnatus erklären würde, 2) nimmt sie einen Pleonasmus an, welcher dem Sextus Aelius fremd ist, endlich 3) übersieht sie, daß Gaius von der strengen Executivklage überhaupt redet. Zwar sagt er am Schluß nicht OB EAM REM EGO TIBI IVDICATI sive PRO IVDICATO MANVM INICIO, wie er genau genommen nach unserer Erklärung sagen müßte. Allein es kommt ihm nur darauf an, den bedingten und unbedingten Mandatsprozeß, wenn der Ausdruck erlaubt ist, nicht die Fälle des letztern von einander zu unterscheiden. In einer neuen Ausgabe müßte IVDICATVS sive DAMNATVS, nicht, wie bisher, IVDICATVS

SIVE DAMNATVS gedruckt werden, da sive ein Wort des Gaius, nicht der Legis Actio ist.

Damnationen ohne Urtheil kamen im altrömischen Recht auf allen Gebieten des ius publicum vor. Das alte ius sacrum geht bei dem Votum von der Vorstellung einer Damnation durch die Gottheit aus, einer Vorstellung, welche bei der Enucleation des Jus vetus natürlich ausgemerzt worden ist [97]). Der alte Criminalprozeß kennt Damnationen durch die Volksgerichte, welche keine reine Urtheile sind. Für den vorliegenden Zweck wird es genügen, unser Augenmerk auf die Damnation durch Rechtsvorschrift, auf das Verhältniß eines lege damnas oder damnatus [98]) zu beschränken.

---

97) Servius, ecl. 5., 80. „damnabis tu quoque votis" id est cum deus praestare aliqua hominibus coeperis, obnoxios tibi eos facies ad vota solvenda. quae antequam solvantur, obligatos et quasi damnatos homines tenent. Aen. 4., 699. ergo cuiuscunque debiti id est reatus damnatio finem facit. Damnare autem est damno afficere id est debito liberare. ideo, cum vota suscipimus, rei voti dicimur donec consequamur beneficium et donec condemnemur id est promissa solvamus. 5., 37. voti reus debitor, unde vota solventes dicimus absolutos. Macrob. sat. 3., 2. haec vox voti reus propria est sacrorum, ut reus vocetur, qui suscepto voto se numinibus obligat, damnatus autem, qui promissa non solvat. Beispiele: Brisson. de formulis I. c. 168. 169.

98) Valerius Probus: L. E. D. = lege eius (?) damnatus. Mit Unrecht aber wird von Sell §. 13. Note 2. die Lex Rubria c. 21. hierher gezogen. Der Confessus soll nach dieser Stelle behandelt werden, als ob er ex iudiciis datis iudicareve recte iussis iure lege damnatus esset fuisset, d. h. so, wie wenn er durch ein Judicium — also eben nicht durch ein Gesetz — rechtsbeständig (iure lege) condemnirt wäre.

Die ursprüngliche Bedeutung dieser Vorschrift kann nicht zweifelhaft seyn.

Die Volksschlüsse, welche wegen einer Schuld die Damnation aussprachen, ordneten wegen derselben zugleich den strengen Executivprozeß gegen den Schuldner an und umgekehrt. Dafür spricht, daß die Damnation nur wegen Geldschulden, namentlich wegen Geldstrafen, in römischem Kupfergelde vorgeschrieben zu werden pflegte, da nur dergleichen Schulden ohne vorgängiges Liquidationsverfahren executorisch waren. So wird die Lex Furia über den Sponsus, so werden die andern Gesetze, welche nach Gaius (4., 21.) die legis actio per manus iniectionem per iudicato festsetzten, um die verwirkten Bußen einzuziehen, vorher bei der Bestimmung der poena, welche sie als leges minus quam perfectae enthalten mußten, eine Damnation über den Contravenienten ausgesprochen haben.

Dieß änderte sich, als die Lex Valeria den strengen Executivprozeß auf seine natürlichen Gränzen, die Execution eines Urtheils (und das ihm gleichstehende Depensum) zurückführte. Jetzt trat überall, das Gesetz mogte den strengen Executivprozeß, die manus iniectio pura, oder auch nur eine actio vorgeschrieben haben, der ordentliche Prozeß ein. Denn selbst wenn die Lex sofort Manus Injectio angeordnet hatte, konnte der Beklagte sich den Executivmaßregeln widersetzen und auf vorgängiger Erörterung der Sache bestehen.

In diesem Zusammenhange bekommt folgende viel besprochene Pandektenstelle erst ihren rechten Sinn:

L. un. de cond. ex lege (13., 2.). (Paulus lib. 3. ad Plautium.) si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

Der Ton liegt nicht, wie man gewöhnlich annimmt, auf ex lege, denn aus einem andern Fundament ist hier überhaupt keine Klage denkbar, sondern auf agendum est. Wenn ein neues Gesetz, nach der Lex Valeria, eine Geldobligation constituirt und nicht ausdrücklich Executivmaßregeln vorschreibt, so muß im ordentlichen Prozesse geklagt werden.

Dieses ordentliche Verfahren war nach ursprünglicher Regel der gewöhnliche Prozeß durch Sacramentum. Später, als die moralischen Grundlagen des Verkehrs wankend wurden, führte die Lex Silia eben für Geldschulden ein strengeres Verfahren ein. Diese Klagform war die condictio certae pecuniae [99].

Der Kläger konnte von dem Beklagten eine sponsio tertiae partis verlangen, aus diesem Versprechen zahlte er, wenn er läugnete und überführt wurde, eine Succumbenzstrafe von $33\frac{1}{3}$ Procent, darin lag wenigstens einiger Ersatz für die mit der manus iniectio pro iudicato weggefallene Infitiationsbuße des Doppelten [100].

---

99) Die condictio ex lege kann unter Umständen allerdings eine triticaria oder incerti condictio seyn, so die Condiction aus der lex Iulia de adulteriis auf den Werth der durch die Folter getödteten Sclaven. L. 27. §. 15. 16. L. 28. ad l. Iul. de adult. (48., 5.), davon ist aber hier nicht die Rede.

100) Gai. 4., 13. periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem qua periclitatur reus, si temere

Diese Sponsion erhielt sich noch, als an die Stelle der gesetzlichen längst obrigkeitliche Klagformen getreten waren. Darum heben noch die römischen Juristen hervor, daß man gegen den Damnatus sich dieser Klage bedienen könne.

> L. 9. §. 1. de reb. cred. (12., 1.). (Ulpian.) competit haec actio (die certi condictio) etiam ex legati causa et ex lege Aquilia.

Daß unter der legati causa nur ein Damnationslegat auf certa pecunia gemeint seyn kann, bedarf keines Beweises. Dieß vorausgesetzt, hat die Zusammenstellung zweier Fälle der Damnation und Litiscrescenz in dieser Stelle den Sinn, daß die Damnation keineswegs wie das Judicat dieß dare oportere aufhebt, daß also durch sie die Condiction nicht ausgeschlossen ist [101]). Denn

---

neget. 171. sponsionem facere permittitur — certae quidem creditae pecuniae tertiae partis. Cicero pro Rosc. com. 4. 5. nennt dieses Versprechen eine legitimae partis sponsio, ein Beweis, daß es in der Lex Silia selbst vorgeschrieben war. In dieser Sponsion liegt auch die Lösung der Frage nach der Einführung der Condictionen. Gai. 4., 20.: weder die Denunciation noch die dreißigtägige Bedenkzeit des Beklagten bilden das Eigenthümliche der neuen Prozeßart, beides hatte schon die Lex Pinaria im Jahr 282 vorgeschrieben, das Neue liegt in der poena perfidiae debitorum (Gell. 20., 1.), durch welche man zur Zeit des Sittenverfalls den Credit beim Geldverkehr aufrecht zu halten suchte. Die monatlichen Ueberlegungsfristen sind gemeines Recht des Kriegs- und Fehderechts, des Sacramentum, der Judicis Postulatio, sogar der dicae in den Provinzen. Vgl. Vorrede zum Berliner Sommercataloge 1846.

101) Gai. 3., 180. aput veteres scriptum est: Ante litem contestatam dare debitorum oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere

nachdem das damnas esto bedeutungslos geworden war, blieb nur das dare übrig. Die Klage auf dare oportere aber ist eben die certi condictio [102]).

Der ordentliche Prozeß, die condictio ex lege, soll jedoch nach der angeführten Stelle des Paulus nur dann eintreten, wenn das Gesetz keine Abkürzungen des Verfahrens vorgeschrieben hat (nec cautum sit eadem lege, quo genere actionis experiamur), also unter gleichen Beschränkungen, wie ehemals (nach Gaius 4., 13.) das Sacramentum.

Daß nun aber auch in neuern Polizeigesetzen, nach der Lex Valeria, nicht selten ein besonderes Verfahren angeordnet ward, beweist das in den Pandekten dem Gaius Cäsar zugeschriebene, vollständiger aber in den Schriften der Agrimensoren unter der Rubrik Lex Mamilia u. s. w. erhaltene Gesetz über die Landanweisungen und Militaircolonieen unter Caligula, von welchem in einem frühern Aufsatz in dieser Zeitschrift ausführlicher gehandelt ist [103]). Im fünften Kapitel dieses Gesetzes findet sich

---

oportere. Diese Rechtsregel gilt vom Judicat, nicht von der Damnation. Man kann also nicht unbedingt sagen, der damnatus sey iudicato loco.

102) Eine andere Erklärung der L. 9. §. 1. de R. C. 12., 1. giebt Savigny, System V., 548. Er bezieht die Aquilia auf einen Fall des zweiten Kapitels. Es wird weiter unten versucht werden, einen andern Zusammenhang dieses zweiten Kapitels nachzuweisen. Ferner auf eine Condictio sine causa neben der Lex Aquilia: diese würde wohl nicht condictio ex lege Aquilia genannt seyn.

103) Rudorff, über die sogenannte lex Mamilia de coloniis, Zeitschrift IX. Num. 12. (1838.)

nämlich folgende Strafbestimmung wegen Verrückung der nach demselben zu setzenden Gränzsteine:

Lex Mamilia c. 5. = L. 3. pr. de termino moto (47., 21.) si quis adversus ea fecerit, is in terminos singulos quos eiecerit locove moverit sciens dolo malo ss. v. m. n. in publicum eorum, quorum intra fines is ager erit, dare damnas esto.

Der Thäter soll behandelt werden, als wäre er verurtheilt, an die Communalkasse der betreffenden Colonie die Summe von fünftausend Sesterzen zu zahlen. Natürlich wird vorausgesetzt, daß der Thatbestand des Verbrechens feststeht, sonst bedarf es noch einer Ermittelung des Faktischen.

Diese geschieht nach den Pandekten im gewöhnlichen Prozeßwege, also durch ordentliche Klage: eius actionem petitionem, sagt Callistratus in der Relation des Inhalts, ei qui volet, esse iubet. Allein das Gesetz enthielt über den Prozeß noch folgende genauere, von Callistratus, oder wahrscheinlicher von den Compilatoren weggelassene, in der Gesetzessammlung der Agrimensoren aber aufbewahrte Bestimmungen.

Lex Mamilia c. 5. inque eam rem is que hac lege iudicium dederit testibus publice dumtaxat in res singulas X denuntiandi potestatem facito ita ut e re publica fideque sua videbitur. et si is unde ea pecunia petita erit condemnatus erit, eam pecuniam ab eo deve bonis eius primo quoque die exigito, eiusque pecuniae

quod receptum erit, partem dimidiam ei dato cuius [unius] opera maxime is condemnatus erit, partem dimidiam in publicum redigito.

Die erste dieser merkwürdigen Prozeßvorschriften betrifft die Zahl der Zeugen: um weitläuftige zeitraubende Zeugenverhöre abzuschneiden, sollen höchstens zehn Belastungszeugen vorgeladen werden.

Eine zweite kürzt die Frist der Execution ab. Da der Thäter schon vom Augenblick der That an als ein verurtheilter Verbrecher gilt und auch das Zeugenverhör noch Zeit wegnimmt, so hat er kein tempus iudicati anzusprechen, sondern kann primo quoque die exequirt werden.

Eine dritte Beschleunigung besteht darin, daß die Vollziehung sowohl gegen die Person als gegen das Vermögen (ab eo deve bonis) zulässig ist, da der Verurtheilte in einer Delictsklage auf Freiheit vom Personalarrest keine Ansprüche hat.

Ein viertes wichtiges Privilegium endlich ist, daß die Execution von den Ortsobrigkeiten verfügt werden kann, während nach den allgemeinen, auch in der Lex Rubria angenommenen Grundsätzen die äußerste Gränze der Municipaljurisdiction, das extremum in iurisdictione, in dem Recht der Abführung geständiger Geldschuldner in das Ortsgefängniß (carcer) enthalten ist (Note 71.), die Personalexecution in andern als baaren Geldschulden und die Vermögensexecution dagegen höhern Orts in Rom zu suchen ist (Note 72.), weßhalb der Beklagte versprechen muß, sich dort zu gestellen, wi-

drigenfalls er wegen Widersetzlichkeit gegen die **Ortsobrigkeit** durch Recuperatoren in eine dem Prozeßobject **gleich** kommende Geldbuße verurtheilt wird [104]).

Einzelne dieser Beschleunigungen kommen freilich auch im ordentlichen Prozesse hin und wieder vor. Namentlich wird die Beschränkung auf zehn Zeugen sowohl im prätorischen Edict [105]), als in dem von Mommsen ent-

104) Auf die Klage wegen Widersetzlichkeit (Dig. 2., 3.) beziehe ich die Schlußworte des 22sten Kapitels der Lex Rubria: quominus in eum, qui ita vadimonium Romam ex decreto eius, qui ibi (nämlich zu Modena u. s. w.) iure dicundo praeerit, non promiserit aut vindicem locupletem ita non dederit, ob eam rem iudicium recuperatorium is qui ibi iuri dicundo praeerit ex hac lege det iudicarique de ea re ibi curet ex h. l. nihil rogatur. Aus dieser Stelle erklärt sich 1) die so oft z. B. noch von Wetzell, Vindicationsprozeß S. 13—18. ganz mißverstandene L. 1. pr. si quis ius dic. (2., 3.). (Ulp. lib. 1. ad edictum.) Omnibus magistratibus non tamen duumviris — concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio. Es ergiebt sich nämlich, daß sie nicht auf höhere, sondern auf Municipalmagistrate, unter diesen aber freilich auf alle Ortsobrigkeiten, nicht bloß auf Duumvirn, sondern auch Präfecten, Quatuorvirn u. s. w. zu beziehen und daher statt non tamen vielmehr non tantum zu lesen ist. 2) Ferner erklärt sich daraus: L. 1. §. 1. eod. is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est, non fecit veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur. Wie im Text bemerkt ist, bezeichnet extremum in iurisdictione nicht „den Ausgang des Prozesses", sondern das extremste Zwangsmittel der Municipaljurisdiction. Dieß ist das duci iubere, erst wer sich ihm nicht fügt ist ungehorsam, bei der Vindication von Immobilien ist es nicht anwendbar (Gai. 4., 16. 17.), hier enthält also schon die Recusation des Judiciums eine Widerspenstigkeit. Daher die Erwähnung der Vindication einer beweglichen Sache in unserer Stelle.

105) Valerius Probus de notis Rom. in edictis perpetuis:

deckten merkwürdigen Decurionendecret der Colonie Venafrum über die Wasserleitungen dieser Stadt aus dem Augusteischen Zeitalter [106]) neben einem ordentlichen iudicium recuperatorium erwähnt, in welchem doch erst nach geschlossenem Beweisverfahren zur Condemnation geschritten werden soll.

Die Gesammtheit dieser Abkürzungsmittel jedoch

Q. E. R. E. T. P. I. R. D. T. Q—D. T. D. D. P. F. = quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque duntaxat decem denuntiandi potestatem faciam. Vielleicht bezog sich die Stelle auf die Stipulationsklage aus dem Vadimonium, die in manchen Fällen auf quanti res erit ging (Note 90.) und in welcher ein beschleunigtes Verfahren vor Recuperatoren (Gai. 4., 185. recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur) eintrat.

106) Der am besten erhaltene Theil dieses Decrets von Zeile 34—45. ist im Bullettino dell' instituto No. XI. Nov. 1846 abgedruckt. Die hierher gehörige Stelle ist aus einer handschriftlichen Mittheilung entlehnt, die ich der Güte Mommsen's verdanke und in ihren Lücken zu ergänzen versuchen will: Zeile 62. — — eVM. QVI. INTER. CIVES. ET. PEREGRINOS. IVS. DICET. iuDE[i]CIVm.[(?)] dare. eumque. quocum. | (63.) agitur. eo. noMINE. INQVE. EAS. RES. HS. $\overline{X}$ REDDERE. TESTIBVSQVE. DVMTAXAT. X DENVNtiandi. po | (64.) testatem. esse. PLACET. DVM. RECIPerATORVM. REIECTIO. INTER. EVM. QVI. AGIT. ET. | (65.) EVM. QVOCVM. AGITVR. ITA. FIat. uti. — — — coloNIAE.[(?)] DE. PVBLICIS. PRIVATIS. EA.[iu] DIE.[cibus (?)] | (66.) LICEBIT. OPORTEBIT. Der Magistrat, welcher inter cives et peregrinos Recht spricht, ist natürlich nicht der römische Prätor, sondern der Duumvir oder Präfect der Colonie, welcher Zeile 36. erwähnt ist und auch Zeile 65. ausgefallen seyn wird, da der Einfluß des Magistrats auf das Rejectionsverfahren seit Ende der Republik größer geworden war. Vgl. Cic. Verr. 2., 3. 11. de cohorte mea reiicias inquit.

dürfte schwerlich anderswo als in Straf- und Polizeigesetzen gefunden werden, welche über den Contravenienten von vorn herein ein Verdammungsurtheil aussprechen und die der Vollziehung desselben unumgänglich vorausgehende Erörterung und Vertheidigung in möglichst enge Zeitgränzen einzuschließen bemüht sind.

X. Lex Aquilia.

Vorstehendes sollte dienen, das Verständniß eines, wie es scheint, ziemlich vollständig erhaltenen, aber in seinem Zusammenhange bisher sehr unvollständig erkannten Gesetzes, des aquilischen, anzubahnen.

Die alten Juristen trennen sorgfältig in ihren Commentaren die drei Kapitel des Gesetzes und die aus jedem entspringenden Rechtsmittel: die allgemeine aquilische Klage der Neuern ist ihnen unbekannt [107]). Es scheint räthlich, ihnen auch in diesem Punkte zu folgen.

Das erste Kapitel enthielt nach Gaius zwei Bestimmungen: Erstlich eine Damnation: wer fremde Sclaven oder fremdes Vieh widerrechtlich tödtet, soll behandelt werden, als wäre er verurtheilt, dem Eigenthümer so viel römisches Kupfergeld zu geben, als das getödtete Object im letzten Jahre höchstens werth war. Zweitens die Bestimmung der Klage und des Prozesses, also das genus actionis.

L. 2. ad legem Aquiliam (9., 2.). (Gaius

107) L. 11. §. 6. L. 23. §. 8. 10. L. 29. §. 6. L. 30. §. 3. 4. de lege Aquil. (9., 2.). Besonders L. 46. 47. eodem.

lib. 7. ad edictum provinciale.) Lege Aquilia capite primo cavetur: QVI SERVVM SERVAMQVE ALIENVM ALIENAMVE, QVADRVPEDEMVE PECVDEM, INIVRIA OCCIDERIT QVANTI ID IN EO ANNO PLVRIMI FVIT, TANTVM AES DOMINO DARE DAMNAS ESTO. §. 1. Et infra deinde cavetur: ut adversus infitiantem in duplum actio esset.

Daß sich diese cautio über das genus actionis auf das erste Kapitel bezog, ergiebt der ganze Zusammenhang der Stelle des Gaius. Die sorgfältige Ausbildung dieses prozessualischen Punktes erklärt sich theils aus der großen Seltenheit der Tödtung eines Sclaven in der alten guten Zeit — wenigstens hebt Cicero diesen Umstand besonders hervor — [108]) theils aus der Wichtigkeit des Gegenstandes: wie aus dem Verkauf dieser werthvollern Sachen das Doppelte prästirt wird (Num. XIII. XIV.), so war auch das Läugnen der Tödtung in diesem Fall ausdrücklich mit der Strafe des Doppelten bedroht.

Auf die Natur der Klage näher eingehend finden wir uns schon durch die Art der Behandlung dieses Gegenstandes überrascht.

Das Gesetz ordnet nicht die Manus Injectio pro iudicato selbst, sondern nur eine einzelne Folge derselben, die Litiscrescenz an, während z. B. die zwölf Tafeln die Manus Injectio Judicati auf das Genaueste bestimm-

108) Cicero pro Tull. c. 9. de damno iniuria apud maiores nostros lex Aquilia lata est, cum et res et cupiditates minores essent — ut perraro fieret, ut homo occideretur idque nefarium et singulare facinus putaretur.

ten, der Folge des Abläugnens aber, so viel wir wissen, hier nicht gedachten.

Ohne Zweifel muß diese auffallende Erscheinung aus der geschichtlichen Umgebung der Lex Aquilia erklärt werden.

Wie hoch man das Gesetz nach seiner alterthümlichen Ausdrucks- und Berechnungsweise [109]) hinaufrücken mag, es ist jedenfalls eine lex nova im Verhältniß zur Lex Valeria, welche die Manus Injectio pro iudicato auf ihre natürlichen Gränzen zurückführte. Wollte es also den Thäter wie einen Damnatus behandelt wissen und namentlich sein beweiserschwerendes Läugnen möglichst verhüten, so mußte es gleich der Lex Mamilia deßhalb specielle Anordnungen treffen, eine allgemeine Vorschrift würde nicht genügt haben, da eben nach der Lex Valeria gegen jeden, der nicht wirklicher Judicatus war, der ordentliche Prozeß eintreten sollte.

Nächstdem weicht die prozessualische Gestalt, welche die Sache annahm, jenachdem der Beklagte gestand oder läugnete, wesentlich von dem Urtheilsrechte ab.

Die Abläugnung eines Judicats ist ein Rechtsmittel mit eigenthümlichen Fristen, die Infitiation der Tödtung hingegen soll nach der oben angeführten Bestimmung des Gesetzes eine ordentliche actio in duplum begründen.

Auf der andern Seite genügt zur Execution eines

---

109) L. 11. §. 6. ad legem Aquil. (9., 2.) legis autem Aquiliae actio hero competit, hoc est domino. Hier scheint hero der Ausdruck des Gesetzes zu seyn, den erst Gaius in seiner Relation durch domino ersetzt hat. Ist diese Vermuthung richtig, so findet die Bemerkung des Festus s. v. heres apud antiquis pro domino ponebatur auf die Aquilia Anwendung.

Urtheils die einfache Thatsache der Condemnation. In der aquilischen Klage dagegen bedarf es zum Zweck der Verpflichtung auf das Einfache außer der Damnation noch eines Eingeständnisses der That. Ist dieses vor Gericht erfolgt, so geht der Execution nach allgemeinen Grundsätzen nur noch ein Liquidationsverfahren (arbitrium liti aestimandae) voraus [110]). Wenn jedoch der Beklagte bloß den subjectiven Thatbestand (se occidisse) eingeräumt hat, so muß er noch immer mit dem Einwand gehört werden, daß der Thäterschaft ungeachtet eine Tödtung oder der Tod nicht erfolgt sey [111]). Es ist daher jedenfalls ein zu weiter Ausdruck, wenn die neueren Schriftsteller [112]) annehmen, das Bekenntniß

110) L. 25. §. 2. ad legem Aquil. (9., 2.). (Ulp.) Notandum quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandae sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes. Cic. pro Cluent. c. 41. statuitur, aestimationem litium non esse iudicium.

111) L. 23. §. 11. eodem. (Ulpian.) Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse et postea paratus sit ostendere hominem vivum esse, Iulianus scribit, cessare Aquiliam, quamvis confessus sit se occidisse. hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere eum occidisse. ceterum occisum esse hominem a quocunque oportet. L. 25. pr. eodem. Proinde si occisus quidem non sit, mortuus autem sit, magis est, ut non teneatur in mortuo, licet fassus est. Vgl. L. 14. §. 1. de int. in iure (11., 1.). In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et ius et naturam recipere potest. L. 4. de confessis (42., 2.) si is, cum quo lege Aquilia agitur, confessus est servum occidisse, licet non occiderit, si tamen occisus sit homo, ex confesso tenetur.

112) So Sell S. 181. 182., welcher zwischen dem subjectiven und objectiven Thatbestand nicht unterscheidend in der L. 23.

der That überhebe den Kläger des Beweises des ganzen Klaggrundes.

Daher gestaltet sich auch das Verfahren gegen den Geständigen zu einem Judicium, nämlich der confessoria actio.

So ergeben sich aus dem aquilischen Gesetz zwei Formeln, die eine gegen den Geständigen auf das Einfache, die andere gegen den Läugnenden auf das Doppelte.

Der Widerruf des Geständnisses oder der Verneinung stand wahrscheinlich bis zur Annahme der einen oder andern unter beiden Formeln dem Beklagten offen. Nach der Litiscontestation war ihm nur durch Restitution zu helfen, ohne diese würde im Fall der Verneinung durch nachträgliches Geständniß nur dem Kläger die Beweislast, nicht dem Beklagten die Verurtheilung in das Doppelte erspart werden [113]).

Räumt ein Stellvertreter ein, daß der Dominus der Thäter sey, so wird eine utilis confessoria gegeben, lautet das Geständniß auf den Repräsentanten selbst, so tritt gegen ihn, da das Geständniß formales Recht erzeugt, die directe Confessoria ein, der eigentliche Thäter

---

§. 11. den Satz findet, daß der Kläger durch die actio confessoria der Verpflichtung überhoben sey, seinen Klagegrund (eum occidisse) zu beweisen. Er übersieht, daß der Beklagte sich freiwillig bereit erklärt hatte (paratus sit ostendere) das Leben zu beweisen.

113) L. 9. §. 2. de min. (4., 4.). (Ulp.) sed si, cum ex damno dato confiteri posset, ne dupli teneatur, maluit negare, in hoc solum restituendus erit, ut pro confesso habeatur.

aber bleibt verhaftet, es wäre denn, daß Jener bloß als Defensor des Letzteren aufgetreten wäre und dadurch für ihn gewissermaßen expromittirt hätte [114]).

Die Auffindung des Schlüssels aller dieser Rechtssätze, ich meine die Entdeckung der Conception der verlorenen Formeln, hat unsere Schriftsteller in neuster Zeit vielfach beschäftigt.

Den geringsten Beifall dürfte Sell's [115]) Restitutionsversuch:

si paret A. Agerium N. Negidio damnum dedisse ex lege Aquilia, quanti ea res erit, in duplum condemna.

erwerben. Abgesehen von der Verwechselung der Parteinamen, würde ein damnum ex lege Aquilia datum gar keine Verurtheilung, geschweige in's Doppelte, nach sich ziehen können. Die Verurtheilung dürfte ferner nicht auf quanti res erit, sondern auf quanti res (in eo anno oder in diebus triginta proximis) fuit gehen [116]).

---

114) L. 25. §. 1. ad legem Aquiliam (9., 2.). Si procurator aut tutor aut curator aut quivis alius confitetur absentem vulnerasse, confessoria in eos utilis actio danda est. L. 20. pr. de int. in iure (11., 1.) qui confitetur se occidisse vel vulnerasse suo nomine tenetur nec debet impunitum esse delictum eius, qui fecit, propter eum, qui respondit: nisi quasi defensor eius qui admisit vel heredis litem subiit hoc genere: tunc enim in factum exceptione data, summovendus est actor, quia ille negotiorum gestorum vel mandati actione recepturus est, quod praestitit.

115) Sell a. a. O. S. 198.

116) L. 29. §. 8. eodem, Gaius 3., 218., woraus L. 27. §. 5. eodem zu berichtigen ist.

Auf den Unterschied des ersten und dritten Kapitels, des Geständnisses und der Verneinung endlich wird gar keine Rücksicht genommen.

Wesentlich anders construirt Savigny [117]) die Formel der aquilischen Klage. Er denkt sie sich etwa so:

> 1) (Demonstratio) Quod. N. Negidius hominem A. Agerii iniuria occidit 2) (Intentio) si paret N. Negidium ob eam rem A. Agerio damnum decidere oportere 3) (Condemnatio) iudex, quanti is homo in eo anno plurimi fuit tantum aes A. Agerio condemna, si non paret, absolve.

Dieser Conception auf damnum decidere oportere dürfte jedoch entgegenstehen, daß nur in Delictsobligationen aus Furtum und Injurie, nicht aber in Litiscrescenzfällen ein Vergleich mit dem Beschädigten möglich ist: ex his causis, quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest (Num. I.) [118]). Dagegen könnte man freilich anführen, daß in der Rede für den Schauspieler Roscius ein Vergleich in einer aquilischen Klage als vollkommen gültig behandelt wird. Der Fall war folgender. Q. Flavius hatte den Panurgus, einen gemeinschaftlichen Sclaven des Fannius und Roscius, getödtet. Beide verklagen den Flavius mit der aquilischen Klage. Roscius ernennt für diesen Prozeß den Fannius zum Cognitor. Darauf vergleicht sich Roscius mit dem Beklagten. Ge-

117) Savigny, System V., 571.
118) Paul. sent. I. 19. 2.

gen ein Grundstück, welches dieser ihm giebt, läßt er die Klage fallen. Dieser Vergleich, sagt Fannius, betraf den ganzen Sclaven, während Roscius behauptete, nur über seinen Antheil transigirt zu haben. Die Möglichkeit des Vergleichs also erkennen beide an, sie streiten nur über seine Gränzen. Allein es ist wohl zu beachten, daß dieser Vergleich erst nach der Litiscontestation eingegangen war. Flavius hatte also die That geläugnet, dadurch war die Sache ungewiß, der Ausgang zweifelhaft geworden, es fehlte nicht mehr an der lis dubia, welche jeder Vergleich voraussetzt. Dieser Fall kann also dem allgemeinen Vergleichsverbot gegenüber nichts beweisen [119]).

Der Wahrheit am nächsten scheint mir Huschke gekommen zu seyn, wenn er die aquilischen Klagen für Condictionen mit folgender Formulirung erklärt: 1) wenn der Beklagte bekannte:

Quod N. Negidius Stichum servum, cum is A. Agerii ex iure quiritium esset, iniuria se occidisse fassus est, quantam pecuniam ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare oportet, tantam

119) Cicero pro Rosc. conc. c. 11. Panurgum, inquit (Fannius) hunc, servum communem Q. Flavius Tarquiniensis quidam interfecit. in hanc rem, inquit, me cognitorem dedisti. lite contestata, iudicio damni iniuria constituto tu sine me cum Flavio decidisti. Utrum pro dimidia parte an pro tota societate? planius dicam, utrum pro me et te? Pro me potui: exemplo multorum licitum est, iure fecerunt multi: nihil in ea re tibi iniuriae feci. pete tu tuum, exige et aufer quod debetur, suam quisque partem iuris possideat et persequatur.

pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato s. n. p. a.

2) wenn der Beklagte läugnete:

Quod N. Negidius Stichum servum, cum is A. Agerii ex iure quiritium esset, iniuria se occidisse infitiatus est (das Folgende eben so wie in der Confessoria),

in welchen das oportet auf die Vorschriften des Gesetzes über die Höhe der Condemnationssumme, je nachdem der Beklagte eingestand oder läugnete, verwiesen habe [120]).

Für die hier angenommene Condictionennatur spricht nämlich:

1) das Gesetz selbst, welches den Thäter zum dare, nicht zum damnum decidere oportere verpflichtet;

2) die in der Collatio erhaltene Ueberschrift Ulpianus libro XVIII ad edictum sub titulo: si fatebitur iniuria occisum esse in simplum et cum diceret, deren Schluß sich kaum anders als mit Huschke in in simplum ut condiceret verbessern lassen wird [121]).

---

120) Huschke, Zeitschrift 13., S. 31—33. Im Widerspruch damit scheint zu stehen, wenn derselbe Schriftsteller S. 252. wieder von einem Abfindungsquantum redet, welches ebenso, wie wenn der wegen Injurien Beklagte sich die Talion nicht gefallen lassen wollte, Anfangs willkürlich bestimmt, dann aber, um dieser Willkür, unter der die Plebs am meisten leiden mogte, Schranken zu setzen, durch das aquilische Plebiscit fixirt sey. Dieß würde zu einer Formel auf damnum decidere führen, wie die furti actio sie ungeachtet des Doppelten und Vierfachen hat.

121) Collat. 2. 4. und 12. 7. In der letzten Stelle hat zwar die Pithousche, jetzt Berliner, und die Wiener Handschrift

Sie deutet auf zwei Titel des Edicts hin, deren einer die confessorische Klage, der andere die Klage gegen den Läugnenden enthielt, welche der Prätor aus dem aquilischen Gesetz proponirt hatte [122]);

3) die bestimmte Versicherung Ulpian's, daß eine Condiction auch aus der Lex Aquilia entspringe.

Man könnte freilich zweierlei einwenden.

Erstlich: daß Ulpian von der condictio certae pecuniae spreche, obige Formeln aber auf ein Incertum gehen. Allein die condictio incerti ging jedesmal auf dare facere oportere [123]), die Aquilia bloß auf dare. Bei jener Klage hing die Summe von der Bestimmung des Judex ab, in der aquilischen hatte das Gesetz den Betrag durch Hinweisung auf den Tag des letzten Jahrs oder Monats, an welchem die Sache am meisten gegolten hatte, auf das Genaueste bestimmt, ja den Beklagten im voraus darauf verurtheilt, die Summe war also nicht sowohl ungewiß, als unbekannt, der Richter hatte nur noch die damaligen Marktpreise und den sonstigen Schaden zu ermitteln, und entweder auf das Einfache oder Doppelte dieses Preises ohne Rücksicht auf das Af-

---

doceret, die von Vercelli docere, allein dieß ist nur Corruption von dicere oder diceret in der erstern, denn Niemand wird auf den Gedanken kommen, et cum doceret für den Anfang der zweiten Klage gegen den Läugnenden zu erklären.

122) Aus dem Ulpianischen Commentar des erstern Titels ist L. 23. §. 10. 11. und L. 25., aus dem Paulinischen L. 24. 26. ad legem Aquiliam (9., 2.) entlehnt.

123) Savigny, System V. Beilage XIV. Num. XXXIV.

fectionsinteresse [124]) zu schätzen. Der Gegenstand dieses dare war endlich römisches Kupfergeld (aes), so daß nicht einmal, wie bei fremdem Geld [125]) oder andern Sachen, eine eigentliche aestimatio nothwendig war.

Zweitens: daß die Klage aus dem aquilischen Gesetz sonst überall nur Actio genannt, ja daß sie der Condictio geradezu entgegen gesetzt wird [126]), worauf Savigny, wie mir scheint, zu großes Gewicht legt. Denn dieß erklärt sich hinlänglich daraus, daß die aquilische Klage keine Zurückforderung eines in das Vermögen des Andern übergegangenen Gewinns enthält, also keine Condiction im materiellen Sinne ist, sondern nur eine Klage auf dare oportere, also eine condictio certi in formeller Bedeutung [127]), deren Natur überdieß durch die Lex

124) L. 33. pr. ad legem Aquil. (9., 2.) §. 10. eod. L. 21. §. 2. eodem.

125) Volusius Maecianus assis distributio 145. victoriatus — peregrinus nummus mercis loco habebatur. Vgl. Note 18. 71.

126) L. 2. §. 3. de priv. del. (47., 1.). Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva an nihilo minus lege Aquilia agi possit. Et scripsit Pomponius agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva.

127) L. 1. pr. de cond. trit. (13., 3.) Gai. 4., 18. 20. 33. 41. 86. Savigny, System V. Beilage XIV. Num. XXXII. Daß Ulpian in L. 9. §. 1. de reb. cred. (12., 1.) eine Condiction in weiterer und formaler Bedeutung, d. h. eine Klage auf dare oportere im Sinn hat, erhellt aus dem folgenden Satz: sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. Die Condiction gegen den Dieb ist ja ebenfalls keine Zurückforderung eines in das Vermögen übergegangenen Gewinns. Daher concurrirt auch die condictio furtiva mit der Vindication, während die Klage aus dem ersten Kapitel der Aquilia ein Surrogat der

und das Edict auf so eigenthümliche Weise bestimmt war, daß die Ausdrücke lege Aquilia agere, legis Aquiliae actio eine bei weitem genauere Bezeichnung ihrer Individualität enthalten, als die bloße Angabe ihres formellen Condictionencharakters.

Wir gehen zum zweiten Kapitel des aquilischen Gesetzes fort.

Während die Compilatoren Ulpian's Erörterung in den Pandekten auf die Worte reducirt haben: huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit[128]), erfahren wir aus Gaius den Inhalt in folgender Weise genauer:

> Gaius 3., 215. Capite secundo in adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur. 216. qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est, sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret, nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.

Aber noch immer bleibt das Räthsel ungelöst, wie diese Klage gegen den treulosen Adstipulator mitten zwischen die Bestimmungen über die Tödtung von Sclaven und Vieh, über die Beschädigung von Sachen gerieth[129])?

---

durch die Tödtung verlorenen Vindication ist und nur die Klage aus dem dritten mit der Vindication concurrirt.

128) L. 27. §. 4. ad legem Aquiliam (9., 2.). (Ulpianus lib. 18. ad edictum.) §. 12. I. de lege Aquilia (4. 3.) caput secundum legis Aquiliae in usu non est.

129) Huschke, Zeitschrift 13., 267. Schon Cujacius be-

Denn die Erklärung, welche Huschke giebt: das Gesetz beabsichtige eine durchgreifende Gesetzgebung gegen unrechtmäßige Schadenszufügung durch Zerstörung fremder Sachen, nicht bloß der körperlichen, sondern auch der Obligationen, genügt schon deßhalb nicht, weil es die Specialklagen über Baumfrevel und andere besondere Verletzungen bestehen läßt, die es unter Voraussetzung einer so allgemeinen Tendenz nothwendig hätte aufheben müssen.

Alles gewinnt dagegen einen befriedigenden Zusammenhang, wenn wir uns auch dieses Kapitel als eine fortgesetzte Bestimmung der Actio denken, welche schon am Schluß des ersten auf eine eigenthümliche Weise ausgebildet wird.

Es ist bekannt, daß es im Legisactionenprozeß unmöglich war, erst durch die Litiscontestation einen Reus zu substituiren, daß dieses vielmehr schon in der Obligatio selbst geschehen seyn mußte. Niemand konnte in fremdem Namen klagen, wer sich vertreten lassen wollte, konnte nicht erst im Prozeß einen Cognitor geben, er mußte schon bei der Stipulation einen Adstipulator oder Adpromissor (Sponsor) zuziehen, damit dieser, indem er für

---

zog das zweite Kapitel des Gesetzes auf Schadenszufügungen außer körperlichen Verletzungen. Van der Kemp's Dissertation de capite secundo legis Aquiliae seu ad locum Gaii de adstipulatoribus (1829) enthält Nichts als das gewöhnliche Gerede von den geld- und blutdürstigen Patriziern, die auch als Patrone und Adstipulatoren die Plebejer so lange quälten, bis es zur janiculensischen Secession und in deren Gefolge zum aquilischen Gesetz kam.

sich stipulirte oder versprach, später in eigenem Namen klagen oder verklagt werden konnte. Wie bei den Stipulationen und Promissionen überhaupt, finden wir diese Sitte auch bei den Prozeßcautionen, namentlich den stipulationes iudiciales, dem Vadimonium und der cautio iudicatum solvi wieder [130]).

Wie nun in dem oben erwähnten aquilischen Prozeß des Fannius und Roscius gegen Flavius, Fannius es war, welcher als Cognitor des Roscius das Vadimonium sich promittiren ließ und sich dann diesem verpflichtete, von dem Erstrittenen die Hälfte herauszubezahlen, wogegen Roscius ihm für seine Mühe bei der Prozeßführung und Abwartung der Termine auch seinerseits eine Entschädigung versprach [131]), so mußte im älteren Prozeß der aquilische Kläger, ja der Kläger überhaupt, den erwählten Repräsentanten — wozu man einen Advocaten oder öffentlichen Redner und Ankläger zu nehmen pflegte [132]) — schon bei der Eingehung des Vadi-

130) Cicero pro Quinct. c. 18. Ais esse vadimonium desertum — litterae P. Quintii, testes tot — cum adstipulato re tuo comparabuntur. P. Quinctius hatte das Vadimonium also nicht bloß dem Kläger Sextus Nävius, sondern auch einem Adstipulator des Klägers versprochen.

131) Cicero pro Rosc. conc. c. 13. Quis est huius restipulationis scriptor? testis? arbiter? quis? tu Piso. Tu enim Q. Roscium, pro opera, pro labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset, rogasti, ut Fannio daret HS. CCCIↃↃↃ, hac conditione, ut si quid ille exegisset a Flavio, partem eius dimidiam Roscio dissolveret.

132) Cicero in Pison. c. 9. advocato aut adstipulatore paratiorem. ep. ad. Octav. (cf. Sueton. Octav. 3.) cuius avus fuerit argentarius, adstipulator pater, uterque vero pre-

moniums als Abstipulator zuziehen, damit er bei Versäumniß desselben in eigenem Namen gegen den ausbleibenden Beklagten klagen konnte. Ein solcher Abstipulator war unter Andern L. Cäsulenus, einer der ersten Redner aus der Plebs, welcher in einem aquilischen Prozeß aus dem ersten Kapitel gegen den L. Sabellius auf eigenen Namen, jedoch als Accusator, also in fremder Sache, die Buße des Gesetzes forderte [133]).

Wenn nun der Beklagte dem Kläger und seinem Abstipulator ein Vadimonium dahin promittirt hatte, sich nach dreißig Tagen im zweiten Termin wegen Tödtung eines Sclaven zu verantworten, oder in einem folgenden vor dem Judex wieder zu erscheinen, der Abstipulator aber gab den Thäter frei, indem er ihm das Vadimonium durch Acceptilation erließ, so war das Judicium vereitelt, denn auch der Dominus hatte den correalen Anspruch gegen den Beklagten und seine Sponsoren oder Vades verloren.

Gesetzt nun, dieser Erlaß war in betrüglicher Absicht gegen den Dominus geschehen, so haftet der Abstipulator diesem auf quanti res est. Dieß könnte heißen auf

---

carium quaestum fecerit, sed alter usque ad senectutem — alter a pueritia. Vgl. meine Bemerkung zu Puchta, Cursus der Inst. §. II. 156. Note c. III. §. 264. g. §. 277. z.

133) Cicero Brut. c. 34. Atque eodem tempore accusator de plebe fuit L. Caesulenus, quem ego audivi iam senem, cum ab L. Sabellio mulctam lege Aquilia de iustitia (so alle alte Handschriften, die richtige Lesart ist damni iniuria, vgl. Note 106.) petivisset. Non fecissem hominis pene infimi mentionem, nisi indicarem, qui suspiciosius aut criminosius diceret, audivisse me neminem.

die Summe des Vadimoniums (quantam pecuniam adstipulator in fraudem stipulatoris acceptam fecisset), welche außer dem Fall des Judicatum und Depensum weniger betrug, als das Prozeßobject. Allein in der That heißt es so viel als das Prozeßobject selbst, also, wenn der Beklagte die Tödtung eingestand, das Einfache, wenn er sie läugnete, das Doppelte des höchsten Werthes im letztverflossenen Jahr. Denn in der betrüglichen Acceptilation des Advocaten liegt eine Prävarication (im uneigentlichen Sinn) [134]). Das Princip der Prävarication aber ist, daß den treulosen Anwalt dieselbe Strafe trifft, welche das Gesetz gegen den Thäter verhängt, der durch seine Dazwischenkunft absolvirt ist [135]). Daß dieses Princip auch in den Verdoppelungsfällen angewendet wurde, scheint aus der Verordnung Justinian's hervorzugehen, nach welcher der Richter, wenn er den Beklagten, der seine Handschrift oder den Empfang des Geldes abläugnet und deßhalb das Doppelte zu zahlen hat, nicht auf diesen Betrag verurtheilt, selber die Strafe des Doppelten erleiden soll [136]).

Aber nicht bloß dieselbe Strafe ist es, welche den Abstipulator trifft, auch der nämliche Prozeß, dieselbe Actio wird gegen ihn angewendet.

---

134) L. 1. §. 1. L. 3. §. 2. de praevaricatione (47., 15.).

135) L. 6. de praevaricatione (47., 15.). (Paulus.) Ab imperatore nostro et patre eius rescriptum est, ut in criminibus, quae extra ordinem obiiciuntur, praevaricatores eadem poena adficiantur, qua tenerentur, si ipsi in legem commisissent, qua reus per praevaricationem absolutus est.

136) Nov. 18. c. 8.

Wenn er nämlich die Prävarication läugnet und überführt wird, so haftet er auf das Doppelte. Und dieß eben beweist auf das Deutlichste, daß in diesem zweiten Kapitel des Gesetzes nicht jeder Adstipulator, sondern nur der im aquilischen Prozesse gemeint war. Denn es ist nicht der geringste Grund vorhanden, den Adstipulator, welcher dem Schuldner nur das Einfache erläßt, mit dem Doppelten zu bestrafen und die Adstipulation überhaupt, die sich weder auf ein Judicat, noch auf eine Damnation zurückführen läßt, als einen Litiscrescenzfall zu behandeln.

Aus der im Vorstehenden ausgeführten Beschränkung der Adstipulation auf die Fälle des ersten Kapitels dürfte sich die Einschiebung des zweiten zwischen die Bestimmungen über die Tödtung von Sclaven und andere Schadenszufügungen vollständig erklären.

Damit jedoch diese Erklärung nicht mißverstanden werde, finde ich nöthig, folgende Verwahrung hinzuzufügen. Ich behaupte nämlich nur, daß jene Beschränkung im Sinne des Gesetzgebers lag, und gründe diese Meinung auf die Stellung des Kapitels und den innern Zusammenhang des Rechts der Adstipulation und Prävarication. Dagegen behaupte ich nicht, daß nicht die Interpretation das zweite Kapitel auf die Adstipulation im Prozeß überhaupt bezogen hätte. Ich bin sogar weit davon entfernt, die oben angeführte Stelle des Gaius in dem angenommenen eingeschränkten Sinne erklären zu wollen, obwohl ich seine weitere Auslegung eher einer mangelhaften Auffassung des ihm fern liegenden alten

Gesetzes als einer bewußten und absichtlichen Ausdehnung desselben zuschreiben mögte.

Das Verschwinden des zweiten Kapitels aus dem praktischen Leben begreift sich leicht aus dem durch die Zulassung von Stellvertretern aller Art verminderten Gebrauch der Abstipulation im Prozeß, so daß die oben angeführte Aeußerung in den Pandekten huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit füglich schon dem Ulpian angehören könnte. Denn die beschränkte Anwendung, in welcher Gaius die Abstipulation noch kennt und die sich bis auf Justinian erhalten haben mag, ist jedenfalls keine prozessualische[137]).

Das dritte Kapitel des Gesetzes enthielt, so viel wir wissen, nur die Bestimmung über die abweichende Aestimation bei der Verwundung fremder Sclaven und andern Beschädigungen. Dagegen war die Unterscheidung der confessorischen und infitiatorischen Klage hier nicht wiederholt. Allein die Interpretation verfuhr in dieser Rücksicht wie mit dem Worte plurimi, welches im dritten Kapitel ebenfalls fehlte. Sie nahm an: legis latorem contentum fuisse quod prima parte eo verbo usus esset[138]). Daß die Confessoria auf das

137) Gai. 3., 117. adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur, quod stipulando nihil agimus: adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat: qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi nostro tenetur.

138) Gai. 3., 218.

Einfache beschränkt war, bezweifelt Niemand [139]), es fragt sich nur, ob die Verdoppelung angewendet wurde? Daß dieß in der That geschah, ergiebt sich aus folgenden ganz allgemeinen Aeußerungen:

L. 1. §. 4. de his qui eff. (9., 3.) (Ulpian.) nec adiicitur culpae mentio vel infitiationis (in der Klage wegen Beschädigung durch Herabwerfen) ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exigat.

L. 4. C. de lege Aquilia (3., 35.). (Diocl. et Max.) Contra negantem ex lege Aquilia, si damnum per iniuriam dedisse probetur, dupli procedit condemnatio.

Gai. 3., 215. ea lege adversus inficiantem in duplum agitur.

Die Fassung dieser und ähnlicher Stellen hat übrigens in der spätesten römischen und in der nachrömischen Zeit folgende Mißverständnisse hervorgerufen.

Auf der einen Seite ist angenommen worden, die ganze Regel, daß durch Abläugnung eine Schuld aufs Doppelte wachse, beruhe in allen ihren Anwendungen ausschließend auf dem aquilischen Gesetze. Diese Mißdeutung ist ziemlich allgemein verbreitet, sie findet sich in den Novellen Justinian's [140]), in der Interpreta-

139) L. 24. ad legem Aquil. (9., 2.) L. 20. pr. de interr. in iure (11., 1.) Note 114. reden von der actio de vulnerato servo, also einem Fall des dritten Kapitels.

140) Nov. 18. c. 8. Studium vero malevolentiae, quod fit ab aliquibus necessarium nobis fecit plebis denuo legislationem approbare, quam per quendam suorum protulit tribu-

tion zu Paulus[141]) und im Papian[142]). Die ältern Interpreten nehmen diese Erzählungen für Das, was sie sind: unkritische Relationen einer dem Ursprung des aquilischen Gesetzes fernstehenden Zeit. Bei den neuern Schriftstellern dagegen haben sie großes Glück gemacht. Man hat sie in Verbindung gebracht mit folgender Stelle des Gaius, in welcher man eine wichtige Bestätigung zu finden glaubte:

> Gaius 4., 21. per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur de quibus ut ita ageretur lege aqlia cautum est velut iudicati XII tabularum.

Aber schon Göschen hat in dieser Stelle mit Recht Aquilia in aliqua verändert. Denn daß die Lex Aquilia die Manus Injectio aus dem Judicat nicht eingeführt hat, beweist der Zusatz velut iudicati XII tabularum. Von dem ähnlichen Fall des Depensum aber wissen wir durch Gaius ebenfalls einen andern Ur-

---

norum et quae Aquiliae nuncupationem ab illo suscepit, secundum quam pro abnegatione duplicibus subdebat exactionibus malevolentes et abnegare tentantes, ubi etiam aliae quaedam actiones ad eundem coaptatae sunt ordinem (ὅπου γε δὴ καὶ ἄλλαι τινὲς ἀγωγαὶ πρὸς τὴν αὐτὴν ὥρμησαν τάξιν). Sed paulatim mutata dementia ablata est quae consuevit iniquorum enutrire malevolentiam.

141) Interpretatio Pauli sent. 1., 19. §. 1. (im Zusammenhang oben S. 298.). quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur.

142) Lex Rom. Burg. tit. 14. (15.) (von Bürgen) post trinam conventionem dupli redhibitione pro infitiante damnabitur secundum legem Aquiliam quae negantes debitum dupli satisfactione condemnat.

sprung, nämlich aus dem publilischen Gesetze. Auch in der Klage wegen mangelnden Flächenmaßes (actio de modo agri) rührt das Doppelte nicht erst, wie die Interpretatio behauptet, aus der Lex Aquilia, sondern wie Cicero bezeugt, schon aus den zwölf Tafeln her.

Die Wendungen, durch welche unsere Schriftsteller die ganze Litiscrescenz an die Aquilia anknüpfen, sind zum Theil sehr ergötzlich.

So meint Sell (§. 12. 13.): die Aquilia sey zur Ausdehnung des Urtheilsrechts auf das damnum iniuria und Damnationslegat bewogen worden durch die Scenen, welche der janiculensischen Secession im Jahr der Stadt 467 vorangingen und durch das große Interesse der Plebs, ihre von den patrizischen Geldaristokraten gefährdete Testirfreiheit zu befestigen. Diese historische Veranlassung wird S. 49. belegt durch eine Art von Register der — Schläge, welche die Plebejer selbst — nicht etwa ihre Sclaven und Hausthiere — in jenen Zerwürfnissen mit den Patriziern erhalten haben sollen. Unglücklicher Weise beruht die für die Aquilia angenommene Zeitbestimmung bloß auf der Angabe [143]), daß die Aquilia von einem Volkstribunen, also aus der Zeit herrühre, in welcher die Plebs mit den Patriziern in Streit gelebt habe, was man dann, da die beiden ersten Secessionen, die crustuminische vom Jahr 260, und die aventinische unmittelbar nach dem Zwölftafelgesetz über die

143) Theophilus §. 15. I. de lege Aquilia (4., 3.), die Novelle 18. c. 8. Basilikenscholion (Theophilus ed. Reitz p. 930.) und Isidor (V. 15.).

rupitiae, 306, nicht zu passen schienen, auf die dritte, janiculensische, bezogen hat. Allein jene Notiz ist offenbar nur eine Reminiscenz aus Pomponius Erklärung der Plebiscite.

L. 2. §. 8. de O. I. (1., 2.) evenit, ut plebs in discordiam cum patribus perveniret et secederet sibique iura constitueret, quae iura plebiscita vocantur.

Bei weitem scheinbarer ist Huschke's Ansicht [144]): die Aquilia habe als ein durchgreifendes Gesetz gegen Schadenszufügungen verordnet, daß in dem von ihr eingeführten neuen Falle, wie in den frühern, die sie dann einzeln in einem allgemeinen Kapitel aufzählte, der Läugnende auf das Doppelte haften solle. Gaius habe dieses vierte Kapitel nicht erwähnt, weil es prozessualisch war. Dagegen möge der spätern Zeit durch andere juristische Schriften davon Kunde zugekommen seyn. Da jedoch Huschke selbst die Möglichkeit eines Mißverständnisses zugiebt, so wird es gestattet seyn, diese Hypothese unter Verweisung auf die nachgewiesene Stellung der Infitiationsstrafe und des zweiten Kapitels auf sich beruhen zu lassen.

Ein anderer Irrthum kommt bei den byzantinischen Juristen vor. Er ist dem so eben bemerkten gewissermaßen entgegen gesetzt. Sie beschränken nämlich die Verdoppelung auf die directe aquilische Klage, läugnen sie dagegen, wenigstens theilweise, in den Fällen der utilis

---

144) Zeitschrift 13., 267. 268.

legis Aquiliae actio, obgleich diese vorzüglich in dieser Beziehung als eine Erweiterung der aquilischen Klage betrachtet wird. Indeß ist dieser Irrthum schon in den Basiliken berichtigt.

Basil. 60., 3. 62. *Ὁ θρέμματα ἀποκλείσας ἢ λιμῷ διαφθείρας κατέχεται τῷ Ἀκουϊλίῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ· καὶ σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ ὡρισμένος Ἀκουΐλιος τῶν διπλασιαμένων ἐστι. Πολλοὶ γὰρ τῇ ἐνιαυτίᾳ δόξῃ κεκράτηνται τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες.*

Zum Schluß mögen noch die allgemeinen Gränzen der Verdoppelung in den Fällen des damnum iniuria angegeben werden.

Wenn der Anspruch auf Schadensersatz mit einer andern als der aquilischen Klage geltend gemacht wird, so fällt die Unterscheidung zwischen Geständniß und Läugnen hinweg.

Dieß gilt zunächst von der Rei Vindicatio. Angenommen, A. vindicirt vom B. einen Sclaven, der Judex erläßt einen Restitutionsbefehl. Der restituirte Sclav aber ist krank oder verwundet, so wird der Schaden einfach abgeschätzt und überdieß dem Kläger eine richterliche Caution auferlegt, daß er die aquilische Klage nicht auch noch anstellen wolle, um den höhern Werth im letzten Monat und im Fall des Läugnens die Infitiationsstrafe nachzufordern, was er nach allgemeinen Grundsätzen könnte. Verweigert der Kläger diesen Verzicht, so muß der Richter den Beklagten frei sprechen und den Punkt des Schadensersatzes zum besondern Verfahren aussetzen:

L. 13. de R. V. (6., 1.). (Ulpian.) Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta rationem iudex habere debebit. Finge enim debilitatum hominem vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit. Unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae? Et Labeo putat cavere petitorem oportere, lege Aquilia non acturum. Quae sententiae vera est.

L. 14. eodem. (Paulus.) Quod si malit actor potius legis Aquiliae actione uti: absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est: non ut triplum sed duplum consequatur [145]).

Dieselbe Behandlung wird in der Erbschaftsklage angewendet. Nur wird bei der Wahl des Klägers zwischen der Erbschaftsklage und der Aquilia vorausgesetzt, daß die Tödtung oder Beschädigung vor dem Erbschaftsantritt geschah, denn sonst wird nicht mehr der Erbschaft, sondern dem Erben die Aquilia erworben und kann es dem Erben folglich auch nicht gestattet seyn, diesen An-

145) Beide Stellen enthalten in ihrer Verbindung übrigens noch einen bestimmten Beweis, daß auch aus dem dritten Kapitel im Fall des Läugnens aufs Doppelte geklagt wurde, denn von einem Fall dieser Art ist in der ersten die Rede. Vgl. L. 34. de O. et A. (44., 7.). (Paulus.) L. 20. §. 4. L. 36. §. 2. de H. P. (5., 3.)

spruch mit der Erbschaftsklage zu verfolgen, welche bloß die ererbten Ansprüche zusammenfaßt [146]).

Ein ganz anderer Fall ist, wenn der Besitzer der Erbschaft die aquilische Klage angestellt, mit ihr, weil man ihn für den Dominus hielt, das Doppelte erhalten hat und hierauf vom Erben mit der Erbschaftsklage belangt wird. Unter diesen Voraussetzungen muß er dem wahren Erben auch in der Erbschaftsklage das Doppelte herausgeben. Denn hier entscheidet der Grundsatz des S. C. Iuventianum, daß der Besitzer jeden Gewinn und daher auch den Zuwachs der Lex Aquilia dem Kläger ausantworten muß.

Auch in der Erbtheilungsklage erfolgt die Schätzung immer nur auf das Einfache ohne die pönalen Zusätze des aquilischen Gesetzes [147]).

Als Gründe dieser abweichenden Schätzung in der Eigenthums-, Erbschafts- und Erbtheilungsklage führt man 1) die bonae fidei Natur dieser Klagen, 2) die Beschränkung der Litiscrescenz auf das Urtheil und seine Nachbildungen an [148]). Allein das Erstere ist für die Vindication unrichtig, für die Erbschaftsklage im vorjustinianischen Recht wenigstens bestritten. Das Recht der Litiscrescenz aber entscheidet deßhalb nicht, weil derselbe Grundsatz auch auf die Diebesklage angewendet

146) L. 13. §. 3. L. 14. 15. pr. ad legem Aquiliam (9., 2.).

147) L. 17. fam. herc. (10., 2.). (Gaius.) Damno commisso ab uno herede conveniens est dicere simpli habendam aestimationem in familiae herciscundae iudicio.

148) So Sell S. 196.

wird, die von Anfang an auf das Doppelte geht [149]). Der wirkliche Grund liegt in den Formeln der Vindication und Erbschaftsklage, welche auch gegen den Läugnenden nur auf das Einfache und die Gegenwart, nicht wie die Aquilia auf das Doppelte und eine nähere oder entferntere Vergangenheit concipirt waren.

In der aquilischen Klage hat sich übrigens das Recht der Litiscrescenz auch in der Justinianischen Compilation am vollständigsten, also überhaupt am längsten erhalten, daher diese Klage vorzugsweise als ein Fall der Duplatio genannt zu werden pflegt. Nur die Ausschließung des Vergleichs ist in Justinian's Rechtsbuch auf das Judicat beschränkt worden.

XI. Damnationslegat.

Die Beschwerlichkeit der aus dem ältesten Recht überlieferten gerichtlichen und öffentlichen Geschäftsformen führte bereits in sehr früher Zeit zu einer Erleichterung des Verkehrs, durch welche es möglich wurde, die Kraft des Gesetzes auf einfache Privatacte zu übertragen. Diese Erleichterung bestand in dem Nexum und Mancipium, d. h. der Eingehung eines Geschäfts in römischem Gelde vor fünf Volkszeugen. Durch Gewohn-

149) L. 16. §. 6. fam. herc. (10., 2.). (Ulpian.) si servus hereditarius propriam rem heredum unius subripuerit — agentem familiae herciscundae consecuturum, ut — litis aestimatio in simplum offeratur. Abweichender Ansicht war jedoch Paulus L. 14. pr. de servo corr. (11., 3.) tantum veniat in hereditatis petitionem, quantum in hanc actionem (nämlich servi corrupti, also das Doppelte).

heitsrecht eingeführt, war diese bequeme Geschäftsform in dem Zwölftafelgesetz CVM NEXVM FACIET MANCIPIVMQVE, VTI LINGVA NVNCVPASSIT, ITA IVS ESTO in dem allgemeinsten und großartigsten Umfange bestätigt.

Regelmäßig entspringt aus einem Geschäft dieser Art nur ein im ordentlichen Prozeß zu verhandelnder Anspruch. Da jedoch die zwölf Tafeln alle mündlichen Bestimmungen dieses Nexum und Mancipium für gesetzlich (ius) erklärten, so übertrugen sie auch auf die Verabredung einer sofortigen Execution die Kraft einer von der Staatsgewalt ausgegangenen Damnation. Auf diese Weise wurde es möglich, daheim und vor wenigen Zeugen mittelst einer Damnation in einer Lex privata Acte aufzunehmen, welche die volle Kraft einer Damnation durch eine lex publica haben.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß man in dieser Form dem Darlehen und andern Geschäften unter Lebenden Executivkraft beilegen konnte; ein solches Geschäft hieß nexum, das in dieser Weise geliehene Geld nexum aes, im engern Sinne. Nur fehlen uns hier, wegen des frühen Verschwindens dieser executorischen Wirkung, die vollständigen Beweise [150]).

Ausreichender läßt sich der volle Executivcharakter eines letztwilligen Actes, des Damnationslegates, darthun.

Für ein solches würden wir nach allgemeiner Be-

---

150) Huschke, Zeitschrift 13., S. 263. und meine Darstellung des Nexum zu Puchta's Cursus der Instit. 3., S. 78. bis 85. (1847.)

trachtung jedes Legat erklären müssen, welches dem Erben eine sofort executorische Verpflichtung auflegt. Der Grund und Sitz dieser executorischen Kraft wäre die Verbindung einer Damnation mit der Aes et Libra-Solennität, dem Nexum in weiterer Bedeutung, welches auch die testamenti factio als eine Anwendung unter sich begreift. Als wesentlich würde nach dieser Auffassung der Gebrauch des Wortes damnas esto zu betrachten seyn, mit dieser Clausel würden wir auch das legatum sinendi modo relictum als Damnationslegat gelten lassen, während dem Vermächtniß in der Form heres meus dato, facito, sinito dieser Charakter abgesprochen werden müßte. Zum Beweise dieser Ansicht könnte man den Kunstausdruck damnas esto legatum anführen, der sich zufällig bei einem Grammatiker erhalten hat, vielleicht aber auch bei den Juristen, in früherer Zeit wenigstens, eben so gebräuchlich war, wie do lego legatum für das Vindicationslegat [151]). Selbst die Contrahirung von damnatus in damnas könnte ein Moment für die Bedeutung und regelmäßige Wiederkehr jenes entscheidenden Ausdrucks abzugeben scheinen [152]).

Allein unsere Rechtsquellen liefern ein ganz anderes Resultat, als man nach der Etymologie und ursprüng-

---

151) Agroetius de orthogr. 2271. (Putsch.) unde et in iure damnas esto legatum dicitur, hoc est solvendo esto, quod solvi omnibus modis necesse est, etiamsi res aliena legatur.

152) Servius ad Aen. 12., 727. nam et in iure cum dicitur: damnas esto hoc est damnatus est(o) ut des, hoc est damno te ut des, neque alias libereris.

lichen Bedeutung des legatum per damnationem erwarten mögte. Die classischen Juristen betrachten die Damnation und die Formel damnas esto als völlig gleichgültig. Wenn der Erblasser sagt: heres meus damnas esto sinere, Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere, so entsteht der Damnation ungeachtet nur ein legatum sinendi modo relictum, kein Damnationslegat [153]); umgekehrt hebt die Weglassung der Damnation, der einfache Gebrauch des Wortes dato, dare iubeo, facito u. s. w. den Damnationscharakter nicht auf [154]). Das Wesentliche ist, daß der Erbe zum dare oder facere verpflichtet, nicht, daß er zu irgend einer Leistung verurtheilt wird [155]).

Derselbe scheinbare Widerspruch zeigt sich in den Rechtsmitteln.

Nach allgemeiner Betrachtung erwartet man aus dem Damnationslegat den strengen Executivprozeß mit Manus Injectio pro iudicato nach Ablauf von dreißig Rechtstagen. In der That aber finden wir überall den ordentlichen Prozeß, nur mit folgenden Verschiedenheiten.

Aus dem Legat einer bestimmten Summe römischen Geldes entspringt die condictio certae pecuniae: si paret N. N. sestertium X milia dare oportere mit einer gleichen intentio und condemnatio certa, einer Suc-

153) Gaius 2., 209. Ulpian. 24., 5.

154) Gaius 2., 201. sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est.

155) Ulpian. 24., 4.

cumbenzstrafe von $33\frac{1}{3}$ Procent und ohne nachfolgendes arbitrium litis aestimandae. (S. 368.)

Ist eine andere bestimmte Sache legirt, so klagt der Legatar mit der condictio triticaria auf Datio, d. h. auf Uebertragung des Eigenthums und Besitzes, jedoch ohne Succumbenzstrafe. Erfolgt die Datio nicht, so schreitet der Richter zur Litisästimation, ermittelt den gegenwärtigen Werth der Sache und verurtheilt den Beklagten auf quanti res est [156]).

Ist endlich etwas Unbestimmtes, z. B. ein Pferd legirt, so ist die Klage die incerti condictio oder ex testamento actio auf quicquid heredem dare facere oportet. Die Klage aus dem Legat ist also völlig gleichartig der Stipulationsklage, der Unterschied liegt nur in der Causa und Demonstratio [157]).

Woher nun dieser auffallende Widerspruch zwischen dem Namen und der demselben so wenig entsprechenden Formel und Wirkung dieses Legats?

---

156) Gaius 2., 204. legatarius in personam agere debet id est intendere heredem (rem) sibi dare oportere et tum heres, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet, si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit: nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipaverit, usucapione demum pleno iure fit legatarii.

157) Gaius 2., 213. sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is heres (vel?) tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est: et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est: quidquid heredem ex testamento dare facere oportet. Daher der Name ex testamento actio bei Theophil. 2., 20., 2.

Mir scheint hier der Einfluß der Lex Valeria und der Gesetze über die Condictionen eben so unverkennbar wie im aquilischen Recht.

Ich denke mir nämlich die Sache so.

Anfangs wurde aus dem Damnationslegat in der That im strengen Executivprozeß mit Manus Injectio pro iudicato geklagt. Die Möglichkeit dieser Behandlung setzte jedoch zweierlei voraus. Erstlich eine Damnation, das heißt den Gebrauch der Formel damnas esto, daher der stehende Name dieses Legates. Die Formel dato genügt nicht, denn eine Obligatio auf dare oportere ist nicht judicatmäßig. Zweitens eine bestimmte Summe römischen Staatsgeldes (certa pecunia), denn die Legis Actio lautete quod tu mihi — damnatus es sestertium decem milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium pro iudicato manus inicio. Nun aber hob die Lex Valeria, wie in allen Fällen außer Judicat und Depensum, so auch in diesem den strengen Executivprozeß auf. Der Legatar behielt wohl noch die Manus Injectio, allein der Erbe konnte ohne Vindex und cautio iudicatum solvi Einreden vorbringen und sich selbst vertheidigen. Die Manus Injectio blieb also fast bloße Form. Man klagte meist im ordentlichen Prozeß der Personalklagen aus der Lex Silia und Calpurnia, oder seit der Lex Aebutia mit der Formel si paret N. N. dare oportere.

Man würde jedoch sehr irren, wenn man annehmen wollte, daß nun auch die übrigen Folgen der Damnation weggefallen wären, so daß zwischen dem Verfahren

aus einer Darlehns- und dem aus einer Legatsklage gar kein Unterschied mehr bestände. Vielmehr hat sich in der Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Damnation, so wie in der damit unmittelbar zusammenhängenden Ausschließung der indebiti condictio immer noch die Ansicht erhalten, daß dieß Damnationslegat im Grunde doch nicht, wie die Datio, Stipulatio und Expensilatio, ein Entstehungsgrund einer Obligation, sondern ein Urtheil ist, welches nur durch das Rechtsmittel der in duplum revocatio angefochten werden kann, während eine wiederholte Erörterung über Debitum und Indebitum in Form einer Condiction also ohne jene Succumbenzstrafe des Doppelten durch die dem Urtheil gleiche Kraft der Damnation ausgeschlossen ist.

Diese Folgen der Damnation sollen jetzt einzeln betrachtet werden.

Zuerst die Litiscrescenz.

Die nähern Bestimmungen über die Verdoppelung finden sich in

> §. 7. I. de obl. quasi ex contr. (5., 27.) quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta per damnationem cuicunque fuerint legata.

Daraus ergeben sich zwei Voraussetzungen der Litiscrescenz: 1) der Gegenstand des Legats muß bestimmt, 2) die Form desselben muß ein Damnationslegat seyn. Beide Erfordernisse sind in sehr verschiedenem Sinn aufgefaßt worden und fordern daher noch eine nähere Erörterung.

Theophilus giebt zu der angeführten Institutio-

nenstelle folgende Erklärung: *κέρτον δὲ ληγάτον ἐςὶν ἐὰν εἴπω· καταδικάζω σε ὦ κληρονόμε, δοῦναι τῷδε ἑκατὸν νομίσματα. εἰ γὰρ εἴπω· καταδικάζω σε δοῦναι τὰ ἐν κιβωτῷ — ἴγκερτον τὸ λήγατον.* Allein diese Unterscheidung absoluter und relativer Bestimmtheit ist zuverlässig falsch. Wenn ich ein Grundstück kaufe um so viel als ich Geld im Kasten habe, so ist der Kauf gültig, denn ich habe es nur um einen unbekannten, nicht aber um einen unbestimmten Kaufpreis erstanden [158]).

So viel ist zuvörderst gewiß, daß ein facere oder non facere als ein Incertum zu betrachten ist, denn nur darin liegt der Grund, weßhalb bei dem legatum sinendi modo relictum die Verdoppelung nicht eintrat, ungeachtet die Formel damnas esto auch hier vorkam.

Streitig ist nur, ob ein Legat auf dare auch dann als ein certum legatum gilt, wenn es auf eine bestimmte Species oder Quantität, oder nur dann, wenn es auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist. Die erstere Meinung ist neuerdings von Huschke ausführlich vertheidigt worden, welcher von ihr aus die Lücke bei Gaius 4., 9. (S. 297.) durch item quantitatum ergänzt, während Lachmann bei seiner Ausfüllung durch vel pecuniarum von der letztern Ansicht ausgegangen ist.

Für die Ausdehnung der Infitiationsstrafe auf das

---

158) L. 7. §. 1. de C. E. (18., 1.) Huiusmodi emtio — QVANTVM PRETII IN ARCA HABEO valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione, magis enim ignoratur quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.

Gebiet der condictio triticaria könnten folgende Stellen zu sprechen scheinen.

1) L. 71. §. 2. 3. de leg. 1. (30.). (Ulp. 51. ad edictum)[159]). In pecunia legata confitenti heredi modicum tempus ad solutionem dandum est, nec urgendum ad suscipiendum iudicium quod quidem tempus ex bono et aequo praetorem observare oportet. §. 3. Qui confitetur se quidem debere, iustam autem causam adfert cur utique praestare non possit audiendus est. utputa si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere aut immensum pretium eius rei petere adfirmet aut si servum hereditarium neget se debere praestare forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales: aequissimum est enim, concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare.

Der Jurist beschreibt das Verfahren des Prätors gegen den geständigen Legatar, jenachdem derselbe die Schuld einer Geldsumme oder einer bestimmten Sache einbekennt, allein von der Infitiation in beiden Fällen sagt er kein Wort.

2) L. 61. ad legem Falc. (35., 2.). (Iavolenus) Alienus fundus tibi legatus est: hunc

159) Das Edict wird hier nach dem Untergang der Legis Actionen zwei ähnliche Formeln verheißen haben, wie sie aus dem aquilischen Gesetz proponirt waren: ein arbitrium litis aestimandae gegen den Geständigen und ein Judicium gegen den Infitiator.

heres cum emere nisi infinito pretio non posset, emit multo pluris quam quanti erat: qua emptione effectum est, ut legatarii ad legem Falcidiam revocarentur. Quaero cum si fundus tanti, quanti revera, emtus esset, legata non fuerant excessura ius legis Falcidiae: an hoc ipso heres institutus partem revocandi a legatariis ius habeat, quod ex voluntate defuncti pluris emerit fundum, quam quanti erat? Respondit: quod amplius heres quam pretium fundi legatario solvit id lege Falcidia imputari non potest: quia negligentia eius nocere legatariis non debet: utpote cum is confitendo veram aestimationem praestare poterat.

A. vermacht dem Z. ein dem B. gehöriges Grundstück. Zum wahren Werthe veranschlagt, verletzt dieses Vermächtniß die Falcidia nicht, allein der Eigenthümer fordert einen weit höhern Preis, der Erbe zahlt diesen und will sich nunmehr durch Abzüge an sämmtlichen Vermächtnissen gegen Verletzung seiner Quart decken. Mit diesem Begehren, sagt der Jurist, ist er deßhalb nicht zu hören, weil er ja nur die Schuld einbekennen konnte, dann wäre ein bloßes arbitrium liti aestimandae angeordnet, der Arbiter hätte den wahren Werth ermittelt und den Erben in diesen verurtheilt. — Auch hieraus folgt noch nicht, daß der Judex, welcher im Fall des Läugnens bestellt werden mußte, auf das Doppelte condemnirt hätte, der Jurist denkt hier gar nicht an die Unterscheidung der Klagen in confitentem und in infi-

tiantem, sondern an die Differenz zwischen dem wahren Werth und dem höhern Kaufpreise.

3) L. 3. de confessis (42., 2.). (Paul.) Iulianus ait, confessum, certum se debere legatum, omnimodò damnandum, etiamsi in rerum natura non fuisset et si iam a natura recessit: (ita tamen ut in aestimationem eius damnetur) quia confessus pro iudicato habetur.

L. 5. eod. (Ulpian.) Qui Stichum se debere confessus est, sive mortuus iam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est.

Die natürliche Unmöglichkeit, das Eingestandene zu leisten, ist zwar in der confessorischen Klage aus der Lex Aquilia, nicht aber aus dem Damnationslegat ein Hinderniß der Verurtheilung, die formelle Kraft des Geständnisses unterliegt hier keiner Beschränkung, und dieß gilt auch von certae res, ja es hat fast nur hier einen Sinn, da eine Geldschuld niemals durch Untergang des Objects aufgehoben werden kann. — Allein, daß die confessorische Klage auf Abschätzung des Gestandenen auch bei certae res gegeben wurde, beweist doch in der That nicht, daß die negatorische in gleichem Falle auf das Doppelte concipirt wäre. Denn der Grundsatz confessus pro iudicato habetur kam schon lange vor der Oratio Marci in Anwendungen vor, in welchen an eine Litiscrescenz nicht gedacht wurde [160]). (Note 71.)

160) Lex Rubria c. 22. Diese Stelle übersieht Hollweg.

4) Gaius 3., 174. Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est ut tamen *scilicet*, sicut iudicatus sententia damnatum se esse significat, ita heres iudicio defuncti damnatum se [161]) dicet. de eo tamen tantum potest hoc modo liberari, quod pondere, numero constet et ita si certum sit: quidam et de eo, quod mensura constat, idem existimant.

Bachofen[162]) versteht unter dem quod pondere numero constat nur wägbares und zählbares Geld, Huschke nach der allgemeinen Bedeutung des Ausdrucks und der Entgegensetzung Dessen, quod mensura constat, auch andere Sachen als Geld. Jede dieser Ansichten verkennt das wahre Element der andern. Die erste ist richtig für die frühere Zeit, welche nach der Intention der Han-

---

Versuche S. 269. Vgl. außerdem L. 6. §. 1. de conf. (42., 2.) L. 4. C. de rep. hered. (6., 31.) Paul. II. 1. 5. V. 5a. 4.

161) Huschke Nexum S. 236. ergänzt die Lücke etwas anders: ut tamen scilicet ubi qua de causa alteri damnatam se esse significatur heres illi testamento dare damnatum esse dicat, so daß der Leser zwischen zwei Vorschlägen zu wählen hat. Mir scheint der meinige sich den Zügen der Handschrift enger anzuschließen und Huschke's Einwendungen, daß sententia ohne iudicis anstößig und die Zurückführung des Testamentsfalls auf den des Urtheils unpassend sey, auch iudicium defuncti für testamentum zumal in einer Formel bei Gaius nicht gesagt werde, finde ich durch den Zusammenhang, in welchem das debitum ex iudicati causa unmittelbar voransteht (§. 173. am Ende), im Wesentlichen erledigt.

162) Bachofen, das Nexum, die Nexi und die Lex Petillia (1843) S. 153.

delnden die Formeln bildete, die letztere für die Zeit der classischen Juristen, welche aus den stationär gewordenen Formeln die Theorie der actus legitimi ableiteten. In den die Sollemnität begleitenden und erklärenden Worten war die Rede von einem primum postremum[163]). Dieses Erste und Letzte war Anfangs eine Waage Kupfergeldes, später, als an die Stelle des gewogenen gezähltes Geld trat, ein erstes und letztes Geldstück; nachdem man einmal diese Abweichung gemacht hatte, ging man wegen der innern Gleichartigkeit aller res quae pondere numero mensura continentur auch zu andern zählbaren und wägbaren Gegenständen fort. Manche wollten sogar meßbare hineinziehen. Nur an dem Erforderniß eines bestimmten Maaßes, Gewichts und Numerus wurde festgehalten, weil ohne diese Bestimmtheit auch ein Erstes und Letztes nicht denkbar wäre. — Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß die Erfordernisse der Nexi Liberatio so eng mit ihrem Wesen und ihrer formellen Natur verwachsen sind, daß daraus für die Infitiationsstrafe nichts gefolgert werden kann.

Versuchen wir bei dem Mangel sicherer und entscheidender Zeugnisse die Frage aus allgemeinen Gesichtspunkten zu beantworten, so müssen wir uns für die Be-

---

163) Gaius 3., 176. QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS EO NOMINE VEL EGO IVDICIO DAMNAS SVM, SOLVO LIBEROQVE HOC AERE AENEAQVE LIBRA HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAM, QVAE PERINDE LEGE IVRE OBLIGATVR. (?) Die hierher gehörenden Worte LIBRAM PRIMAM POSTREMAM sind ganz sicher.

schränkung der Infitiationsstrafe auf eine bestimmte Geldsumme erklären.

Abgesehen davon, daß certum bei den Geständnissen und Condictionen von den römischen Juristen für certa pecunia gebraucht wird [164]), mithin certum legatum so viel heißt wie ein Geldlegat, sprechen dafür folgende Gründe.

Die Infitiation ist formell eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Damnation, die Verdoppelung enthält die Strafe für ihren Mißbrauch. Dennoch ist diese Beschwerde keineswegs auf jedes Damnationslegat ausgedehnt worden, vielmehr ist sie auf die Gränzen des Judicats beschränkt geblieben. Der Gegenstand des Judicats aber ist im Formularprozeß bekanntlich immer certa pecunia [165]).

Die entgegengesetzte Meinung, welche Huschke [166]) am gründlichsten vertheidigt hat, scheint mir nicht nur den Zusammenhang zwischen dem Judicat und der Verdoppelung zu verkennen, sondern auch mit sich selbst in

---

164) L. 6. pr. de confessis (42., 2.). (Ulpian.) Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit. §. 1. Si quis incertum confiteatur vel corpus erit confessus Stichum vel fundum se dare oportere urgeri debet ut certum confiteatur. item is qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur. Dem Judicatus, der auf Geld condemnirt wurde, ist der Confessus nur zu vergleichen, wenn er eine Geldsumme, nicht wenn er ein Haus oder einen Sclaven zu schulden gesteht.

165) Gaius 4., 48. Im Legisactionenprozeß bildeten die Pronuntiatio auf die Sache selbst und die Litis Aestimatio zwei verschiedene Proceduren, von denen aber nur die letzte executorisch und der in duplum revocatio unterworfen war.

166) Huschke, Recht des Nexum 223. 224. Zeitschr. 13., 269.

Widerspruch zu gerathen, wenn sie die Execution nur an Geldforderungen knüpft und dennoch die Infitiations-strafe auch bei andern certae res gelten läßt, weil der Infitiant eine gewisse Forderung durch sein Läugnen in eine ungewisse verwandle. Denn die Gewißheit, welche durch das Läugnen aufgehoben wird, liegt doch allein in dem Grunde der Forderung, dem Judicat — die Bestimmtheit des Gegenstandes bleibt ja unverändert — das Judicat aber geht eben auf Geld.

Weniger Schwierigkeit macht die zweite Voraussetzung der Verdoppelung (S. 104.), nämlich die Damnation.

Daß darunter Anfangs der Gebrauch des Wortes damnas verstanden wurde, scheint mir ganz unzweifelhaft: es gab eben so wenig eine Manus Injectio: quod te mihi X milia dare oportet als quod tu mihi damnatus es X modios tritici Africi optimi, aus einer Verbindlichkeit zum dare mußte im ordentlichen Prozesse mit einer Condiction geklagt werden [167]).

Dagegen scheint im Formularprozesse das Wort damnas nicht mehr entscheidend, denn das legatum sinendi modo relictum, bei dem es vorkommt, wird nicht verdoppelt und ein Legat mit dem Wort dato gilt den classischen Juristen für ein Damnationslegat. Es entscheidet also lediglich die Bestimmtheit des Objects. Jede Verpflichtung zu einer bestimmten Geldsumme begründet ein Damnationslegat, dessen Abläugnung mit dem Doppelten gestraft wird.

167) Gaius 3., 180. 4., 20. 21.

Nur für die Zeit des Verfalls also kann man Husch-ke's Behauptung[168]), daß auf das Wort damnas Nichts ankomme, beipflichten.

Wir gehen zur condictio indebiti fort.

Die Ausschließung derselben tritt sowohl bei einer partiellen als einer totalen Nichtschuld ein.

> Gaius 2., 283. item quod quisque ex fideicommisso plus debito per errorem solverit repetere potest; ob id quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iuris est de eo legato quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

Aus der Anwendung der Regel auf partielle Nichtschuld erklärt sich zum Theil die Caution wegen der Falcidia.

Wenn nämlich der Erbe mehr an Legaten entrichtet hat, als er ohne Verletzung der Falcidischen Quart zu zahlen vermag, so würde er, selbst wenn er sich in faktischem Irrthum befand, wegen unserer Regel das zu viel Gezahlte nicht zurückfordern können, im Fall einer Unkenntniß der Lex wäre die Condiction ganz ausgeschlossen. Sobald aber der Legatar versprochen hat, den Ueberschuß herauszugeben (quod amplius legatorum nomine ceperit, quam lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit tantam pecuniam dari dolumque malum ab ea re abfuturum), kann er auch auf die Rückzah-

---

168) Huschke, Zeitschr. 13., 275.

lung des Damnationslegats ex stipulatu belangt werden [169]).

Daß der Bürge des Erben ein irrthümlich bezahltes, nicht schuldiges Legat condiciren kann, versteht sich schon darum von selbst, weil er nicht ex testamento, sondern ex stipulatu haftet [170]).

Aber auch die Condiction eines bereits bezahlten, aber durch ein späteres Testament oder Codicill widerrufenen Damnationslegats [171]) läßt sich auf allgemeine Grundsätze zurückführen: da nämlich die Ademtion in derselben Form geschehen muß wie die Verleihung, so vernichtet sie die Damnation ipso iure, der Legatar hört mithin auf verurtheilt zu seyn, es ist so gut als ob er niemals aus einem Damnationslegat schuldig gewesen wäre.

Bei Fideicommissen hat weder die Litiscrescenz, noch die Ausschließung des Vergleichs und der Condiction jemals gegolten [172]). Daher hätte mit der Gleichstellung beider Vermächtnisse und der Aufhebung der Legatsformen das Recht des Damnationslegats in der

169) L. 1. pr. L. 3. pr. si cui plus (35., 3.). Durch das im Text Bemerkte soll jedoch nicht geläugnet werden, daß nicht auch andere Gründe bei der Aufstellung jener Caution mitgewirkt hätten.

170) L. 38. §. 3. de cond. ind. (12., 6.) Legati satis accepi et cum fideiussor mihi solvisset apparuit indebitum fuisse legatum: posse eum repetere existimavit.

171) Paul. sent. 3., 6. 92. Prolatis codicillis vel alio testamento, quibus ademtum est legatum vel certe rescissum, perperam soluta repetuntur.

172) Gai. 2., 282. item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur, fideicommissi vero nomine semper in simplum persecutio est.

Compilation verschwinden müssen. In der That ist die Intransigibilität dieses Legats gänzlich ausgetilgt. Dagegen hat sich ein Ueberrest der beiden andern Eigenthümlichkeiten in folgender specieller Anwendung erhalten.

Wenn der Belastete ein Vermächtniß zu milden Zwecken auf Einforderung des Bischofs nicht sofort entrichtet, dergestalt, daß die Hülfe der weltlichen Obrigkeit angegangen werden muß, so soll er das Doppelte bezahlen müssen [173]). Diese Bestimmung wird zwar an die Infitiationsstrafen des ältern Rechts angeknüpft, aber auf eine nur äußerliche Weise. Denn ihre Voraussetzung ist gar nicht Abläugnung der Gültigkeit des Vermächtnisses, sondern bloß Verzögerung der Leistung, sie hat also einen ganz ähnlichen Charakter, wie die oben erwähnte Zinsenzahlung nach sechs Monaten [174]). Beide Grundsätze enthalten eine Begünstigung kirchlicher Zwecke, denen man durch unsere Strafdrohung gegen die Erben oder Testamentsexecutoren um so schleuniger zum Besitz des ihnen Hinterlassenen verhelfen wollte [175]). Daher

173) L. 46. §. 7. C. de ep. et cler. (1., 3.) εἰ γὰρ ἐν τοῖς παλαιοῖς ἦν τινὰ θέματα, ἐφ᾽ ὧν ἐξ ἀρνήσεως διπλάσια τὰ τῆς καταδίκης ἐκείγετο.

174) L. 46. §. 7. C. de ep. et cler. (1., 3.) εἶτα διαναβάλλοιντο, ὡς καὶ τῶν ἀρχόντων εἰσπράξεως δεηθῆναι — τοὺς μηδ᾽ ἑκόντας ποιήσαντας ἀλλὰ καὶ χρόνον ἀναμείναντας καὶ ὕστερον ὀχληθέντας παρὰ τῶν θεοφιλεστάτων ἐπισκόπων, εἶτα μηδὲ τούτοις εὐθὺς εἴξαντας, δεηθέντας δὲ καὶ τῆς ἀρχικῆς ὀχλήσεως —.

175) L. 46. §. 7. C. cit. ὅπως δ᾽ ἂν ἔτι μείζονι φόβῳ κατασχεθέντες οἱ κληρονόμοι τῶν τελευτώντων ἢ οἱ ταῖς τοιούταις ὅλως ἄγεσθαι πράξεσι βεβαρύμενοι μὴ τὴν τούτων ποίησιν διαναβάλλοιντο.

fällt auch die Beschränkung auf bestimmte Geldlegate hinweg. Auf diesen speciellen Fall wurde nun auch die Ausschließung der condictio indebiti bei Vermächtnissen beschränkt, so daß diese Bestimmung im Justinianischen Recht von ihrem ursprünglichen Zusammenhange völlig abgelöst und in eine reine Begünstigung der Kirchen und milden Stiftungen verwandelt ist, denen man selbst nicht schuldige Vermächtnisse, sobald sie einmal entrichtet waren, nicht wieder entziehen wollte.

§. 7. I. de obl. quae quasi ex contractu nascuntur. (3., 28.) nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, huius modi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc praebuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis ecclesiis et ceteris venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quae, si indebita solvantur, non repetuntur.

XII. Klage wegen fehlenden Ackermaßes.

In allen bis jetzt erörterten Klagen ließ sich das eigenthümliche Recht der Verdoppelung, der Condiction und des Vergleichs vollständig aus den Regeln über die Rechtskraft und die Rechtsmittel erklären, so daß es unter andern bei dem Geständniß bloß deßhalb nicht zur Anwendung kam, weil hier das Rechtsmittel der in du-

plum revocatio fehlte und rücksichtlich des Irrthums das Recht der Verträge galt.

Nun aber soll nach der Behauptung Mancher jenes Recht in einer Anzahl anderer Fälle ohne alle Beziehung auf ein wirkliches oder fingirtes Urtheil in erster Instanz zur Anwendung gebracht seyn.

Diese Behauptung bedarf noch einer nähern Untersuchung, da, wenn sie sich als begründet ausweist, ein anderes leitendes Princip der Litiscrescenz als die Condemnation aufgesucht werden muß.

Drei Klagen, in welchen man diese Anwendung behauptet hat, entspringen aus dem Kauf, die vierte aus dem Depositum.

Jenen gehört vor allen die Klage wegen falschen Landmaßes, die actio de modo agri, an. Für die Anwendung unserer Rechtsregeln auf diese Klage werden folgende, auf den ersten Blick nicht unscheinbare Beweise angeführt:

1) Paullus. I., 19. 1. (im Zusammenhang oben S. 298.) quaedam actiones si a reo infitentur duplantur, velut iudicati — item de modo agri cum a venditore emtor deceptus est.

2) Paul. sent. II., 17. 4. distracto fundo, si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est, officio iudicis aestimatione facta convenitur.

Dazu kommt noch ein allgemeineres älteres Zeugniß von großer Wichtigkeit:

3) Cicero de officiis 3., 16. Ac de iure

quidem praediorum sancitum est apud nos iure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iure consultis etiam reticentiae poena est constituta. Quicquid enim esset in praedio vitii id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. (cf. c. 14.) — Nec vero in praediis solum ius civile — malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione fraus venditoris omnis excluditur: qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis praestat edicto aedilium. (cf. L. 1. §. 2. de aed. ed. 21., 1.)

Mit der Klage selbst hat es folgende Bewandniß.

Bei der Verpachtung oder dem Verkauf eines Landguts pflegt der Verpachter oder Verkäufer das Flächenmaß entweder des Guts im Ganzen oder der einzelnen Culturen (Aecker, Wiesen, Weiden, Waldungen) anzugeben [176].

Wenn nun über die Lieferung dieses versprochenen

---

176) Beispiele: Hygin. de cond. agrorum p. 132., 11—23. (Lachm. et Rudorff) solent vero modum quidam in locationibus agrorum comprehendae atque ita cavere FVNDVM ILLVM IVGERA TOT IN SINGVLIS IVGERIBVS TANTVM — item quidam vendentes ementesque soliti sunt modum cautione complecti lege Frontin. lib. 2. de controv. p. 45., 20. si aliqua. venditionis exceptus (aufgenommen, nicht ausgenommen) sit modus. L. 40. de C. E. (18., 1.) L. 43. pr. de pign. act. (13., 7.)

Maßes Streit entsteht und der in dieser controversia de modo zugezogene Feldmesser entscheidet, daß der Verkäufer seine Zusage in Ansehung des Maßes nicht vollständig erfüllt habe, so hat der Käufer die Klage aus dem Kauf auf Nachlieferung des Fehlenden oder Prästation des Interesse [177]).

Da nun die Formel der Kaufklage nichts weiter enthält als die bekannte unbestimmte Demonstratio, Intentio und Condemnatio: Quod A. A. de N. N. fundum Sempronianum q. d. a. emit, quicquid ob eam rem N. N. A°. A°. dare facere oportet ex fide bona eius iudex N. N. A°. A°. condemna s. n. p. a., so folgt, daß die Litis Aestimation ganz auf dem Officium Judicis beruht, wie dieses auch Paulus in der zweiten unter den angeführten Stellen ausdrücklich hervorhebt.

---

177) L. 2. pr. de A. E. V. (19., 1.). (Paulus.) Si in emtione modus dictus est et non praestatur, ex empto est actio. L. 5. §. 1. si mensor (11., 6.). Si, cum falsus modus renuntiatus esset, emtor cum venditore ex empto egisset: agere poterit etiam cum mensore. Sed si nihil eius interest, condemnari mensorem non oportet. Quodsi non de toto modo, qui deerat, cum venditore egerit sed de minore: consequenter scribit Pomponius, de residuo cum mensore agi posse. A. verkauft an Z. ein Landgut von angeblich 200 Morgen, bei einer zweiten Vermessung findet sich, daß Z. 10 Morgen zu wenig erhalten hat. Unstreitig kann Z. wegen dieser fehlenden 10 Morgen aus dem Kauf auf Ablieferung klagen. Indeß kann es seyn, daß die Kaufklage bereits aus einem andern Grunde angestellt und durch Litiscontestation consumirt ist. Jetzt hat er die subsidiäre Klage gegen den ersten Feldmesser wegen unrichtiger Vermessung. Diese Klage geht auf das Interesse. Hat er also mit der Kaufklage das Interesse erhalten, so fällt sie ganz, hat er es zum Theil bekommen, so fällt sie so weit hinweg.

Die Jurisprudenz entwickelte jedoch aus der Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses folgende, das Officium Judicis beschränkende Schätzungsregeln:

Erstlich: Ist bloß das Maß angegeben und es fehlt an dessen Vollständigkeit, so kann bei der Abschätzung nur der Flächengehalt, nicht die Bonität des Bodens in Betracht gezogen werden. Die Aestimation geschieht mithin so, daß vor Allem die fehlenden Jucherte ermittelt werden: dabei kann der Verkäufer mancherlei günstige Vorbehalte gemacht haben, z. B. die Nachmessung muß in einer bestimmten Frist geschehen [178]), die öffentlichen Wege und kirchlichen Grundstücke sollen mitzählen: dergleichen leges venditioni dictae müssen natürlich vom Arbiter beachtet werden. Ist die Anzahl der fehlenden Jucherte festgestellt, so geschieht die Schätzung jucherteweise (pro numero iugerum auctor obligatus est) [179]). Der Preis jedes Jucherts kann bei dem Verkaufe im voraus bestimmt seyn, im entgegengesetzten Fall muß derselbe vermittelst einer Division der Aversionalkaufsumme durch die versprochene Morgenzahl berechnet werden [180]).

Zweitens: Wenn außer der Zahl auch die Qualität

---

178) L. 40. pr. de C. E. (18., 1.) (Paulus) führt die Lex an: ut emtor in diebus XXX proximis fundum metiretur et de modo renuntiaret, et si ante eum diem non renuntiasset, ut venditoris fides secuta esset.

179) L. 4. §. 1. de A. E. V. (19., 1.). (Paulus.) pro numero iugerum auctor obligatus est, quia ubi modus minor invenitur, non potest aestimari bonitas loci, qui non extat.

180) L. 69. §. 5. de evict. (21., 2.). (Scaevola.) fundo vendito cum modus pronuntiatus deest, sumitur portio ex pretio: quod totum colligendum est ex omnibus iugeribus dictis.

des Ackers angegeben ist, so erfolgt die Schätzung zugleich nach der Bonität des an dem versprochenen Maße Fehlenden (pro bonitate loci fit aestimatio)[181]). Der Verkäufer, welcher ein Gut von hundert Morgen zugesagt und geliefert hat, ist also noch nicht liberirt, wenn er zugleich eine bestimmte Qualität von Land versprochen und diese Zusage nicht erfüllt hat, selbst wenn er von einer andern so viel mehr gegeben hätte, daß das versprochene Gesammtmaß herauskommt[182]).

Inwiefern jedoch der Käufer durch diese ungenaue Erfüllung der Zusage keinen Schaden leidet, sondern vielleicht sogar davon Vortheil hat, würde er einen Dolus begehen, wenn er auf der buchstäblichen Erfüllung des Contracts bestehen wollte. Gesetzt also, der Verkäufer verspricht zwei Landgüter, eines zu hundert, das andere zu zweihundert Juchert, oder auch bei dem Verkauf eines Landgutes hundert Juchert Wald, zweihundert Weinberge, bei der Nachmessung ergiebt sich aber, daß statt des versprochenen Areals neunzig, bezüglich zweihundert und zehn Morgen geliefert sind, so ist Beides zu boni-

---

181) L. 4. §. 1. cit. de A. E. V. (19., 1.). (Paulus.) sed non solum, si modus agri totius minor est agi cum venditore potest, sed etiam de partibus eius: utputa si dictum est VINEAE IVGERA TOT esse vel OLIVETI et minus inveniatur. ideoque his casibus pro bonitate loci fit aestimatio.

182) L. 22. de A. E. V. (19., 1.). (Iulian.) si in qualitate fundi venditor mentitus est, non in modo eius: tamen tenetur emtori: pone dixisse eum quinquaginta iugera esse vineae et quinquaginta prati et in vinea minus in prato plus inveniri, esse tamen omnia centum iugera.

tiren, und wenn sich nach Abzug des Schadens vom Vortheil ergiebt, daß der Kläger sogar noch einen Gewinn macht, so ist die Klage abzuweisen [183]).

Die bisher aufgestellten Regeln über die Schätzung bezogen sich auf den Kauf und gehören mithin schon dem Jus Gentium an.

Einen andern Maßstab hatte das Zwölftafelgesetz CVM NEXVM FACIET MANCIPIVMQVE VTI LINGVA NVNCVPASSIT ITA IVS ESTO für das civile Nexum und Mancipium vorgeschrieben.

Aus diesem Gesetze leitet Cicero in der oben abgedruckten Stelle zwei wichtige Regeln für die Mancipation und Gewährleistung italischer Grundstücke ab.

Erstlich: Jede Eigenschaft des Grundstücks, welche der Auctor vor offener Bürgerversammlung mündlich und ausdrücklich zugesagt hat, muß er in der Art vertreten, daß er, wenn die Behauptung sich als falsch ausweist, auf das Doppelte belangt werden kann.

Zweitens: Dagegen haftet der Verkäufer für das nicht ausdrücklich Versprochene gar nicht. Also für die Belastung des verkauften Grundstücks mit Servituten nur dann, wenn er in der Lex Mancipii ein unbelaste-

183) L. 42. de A. E. V. (19., 1.). (Paulus.) Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit potest dubitari. utique si exiguus modus silvae desit et plus in vineis habeat, quam repromissum sit an non facit dolo, qui iure perpetuo utitur? — — — Sed rectius est — lucrum cum damno compensari et si quid deest emtori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri.

tes, servitutfreies Grundstück einen fundus liber oder optimus maximus zu gewähren verheißt [184]).

Dieß gilt jedoch nur von der Klage aus den zwölf Tafeln auf das Doppelte, nicht von der actio emti auf das Einfache.

Diese ist bonae fidei, mit ihr also kann der Verkäufer auch wegen wissentlicher Reticenz belangt werden, da er durch diese einen Dolus begeht, den er im Arbitrium zu prästiren hat.

Zwei Rechtsfälle, die Cicero anführt, dienen zur Bestätigung des Gesagten.

Claudius Centumalus besaß auf dem Concius ein Haus, das den öffentlichen Auspicien, welche die Augurn von der Burg aus zu nehmen hatten, durch seine Höhe hinderlich war. Das Augurncollegium ließ ihm anbefehlen, es abzutragen. Sofort verkauft er das Gebäude an den P. Calpurnius Lanarius, ohne jener operis nunciatio, durch welche das Gebäude vitios wurde, in der Lex Proscriptionis zu gedenken. Nach der Uebergabe erhält der Käufer von dem Augurncollegium denselben Befehl. Dieser, nachdem er erfahren hat, der Verkauf sey geschehen, nachdem der Verkäufer zur Demolition aufgefordert war, verklagte denselben mit der actio empti, und M. Cato, der in diesem Prozesse Arbiter

184) L. 48. 75. de evict. (21., 2.) L. 59. de C. E. (18., 1.) L. 61. de aed. ed. (21, 1.) L. 20. §. 1. de A. R. D. (41., 1.) L. 126. 169. de V. S. (50., 16.) Siculus Flaccus 146., 19. (Lachm.), der aber die Worte VTI OPTIMVS MAXIMVSQVE EST unrichtig auslegt. Brisson. de formulis VI., 28.

war, entschied, der Beklagte habe dem Kläger den Schaden zu erstatten, da er den Mangel gekannt und beim öffentlichen Aufgebot des Hauses verschwiegen habe[185]).

Der zweite Fall betraf das Haus des M. Gratidianus. Dieses Haus war mit einer Servitut belastet. Ohne diese in der Lex Mancipii zu erwähnen, verkauft Gratidianus das Haus an den C. Sergius Aurata. Dieser klagt mit der actio emti und beruft sich auf die Reticenz gegen besseres Wissen. Der Anwalt des Beklagten excipirte jedoch, es habe der Anzeige nicht bedurft, da dem Käufer der Mangel ebenfalls bekannt gewesen sey. Der Entscheidung gedenkt Cicero nicht[186]).

Wir lassen diese Bestimmungen über die non dicta auf sich beruhen und bleiben bei den Regeln über die lingua nuncupata, oder, nach dem spätern Sprachgebrauch, die dicta promissaque[187]), stehen.

---

185) Cicero de off. 3., 16. arbitrum — adegit quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. — M. Cato — iudex ita pronuntiavit: cum in venundando rem eam scisset et non pronuntiasset emtori damnum praestari oportere. igitur ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emtori vitium, quod nosset venditor. Valerius Maximus 8., 2. §. 1.

186) Cicero de or. I. 39. cum enim M. Marius Gratidianus aedes Oratae vendidisset, neque servire quandem earum aedium partem in mancipii lege dixisset, defendebamus, quidquid esset incommodi in mancipio, si id venditor scisset, neque declarasset, praestare debere. Vgl. Cicero de off. 3., 16., wo noch Antoninus' Erklärung erwähnt wird: quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici, nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset teneret.

187) L. 19. §. 2. de aed. ed. (21., 1.) Dictum accipimus quod verbo tenus pronuntiatum est modoque sermone finitur:

Drei Punkte sind hier in neuester Zeit bestritten worden: der Umfang der Regel, ihre Wirkung und das Verfahren.

Den Umfang der Regel will Huschke [188]) auf eine einzige Eigenschaft der Sache beschränken: die zugesicherte Größe eines Grundstücks.

Der Verkäufer, sagt er, gewährleiste nur das Eigenthum, für den Eigenthumsübergang aber seyen alle sonstigen Eigenschaften, z. B. die Qualität des Bodens, die Größe einer beweglichen res mancipi, die Gesundheit eines Sclaven, eben so gleichgültig, wie für die Vindication. Nur mit der Größe der Grundstücke verhalte es sich anders. Die einzelnen Jucherte seyen integrirende Theile des Grundstücks, folglich fehle ein integrirender Theil des Eigenthums, wenn das mancipirte Grundstück das in der Lex Mancipii zugesicherte Maß nicht halte. Cicero (Nro. 3.) wolle bloß den Gegensatz zwischen dem Gesetz und dem ius civile hervorheben, daß nach jenem bloß wegen des Verlautbarten, nach diesem auch wegen des Verschwiegenen eine Klage zustehe. Damit sey er in seinem Rechte gewesen, wenn auch nur in einer einzigen Anwendung, nämlich in Ansehung der Größe (wegen deren allein die Strafe des Doppelten bezeugt und der Natur der Sache gemäß sey), die Nuncupation den Käufer wegen der nachtheiligen Beschaffenheit der Sache gesichert hätte.

Promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem, vel ad sponsum.

188) Huschke, Recht des Nexum S. 174.

Allein es entscheidet hier nicht sowohl der Gegensatz, in welchem Cicero das Zwölftafelgesetz anführt, als das Gesetz selber. Nach diesem aber hat der Verkäufer für alle dicta promissaque zu haften, da die allgemeinste Anwendung, sogar auf Testamente, nicht zu bezweifeln ist [189]). In der That bezeugen denn auch die Quellen, daß der Auctor auch wegen anderer dicta und promissa aus der Mancipation ohne Weiteres auf das Doppelte haftete, z. B. wenn er die Gesundheit und Noxalfreiheit eines Sclaven in der Lex Mancipii zugesagt [190]), oder

189) Cicero pro Caec. 23. (vom Streit zwischen Jus und Aequitas) si — summo iure contenditur — tum illud quod dicitur VTI LINGVA NVNCVPASSIT irrident. de or. 1., 57. (von der Anfechtung eines Testaments durch einen Notherben) tu lapides — flere ac lamentari coegisses, ut totum illud: VTI LINGVA NVNCVPASSIT non in XII tabulis — sed in magistri carmine scriptum videretur. Varro de lingua lat. V., 9. (von der Verlautbarung des Kaufgeldes in der Lex Mancipii) nuncupare nominare valet in legibus (sc. mancipiorum) ubi nuncupatae pecuniae sunt scriptae. L. 48. de pact. (2., 14.) Gaius 3. ad legem XII tab. in traditionibus rerum quodcunque pactum sit id valere manifestissimum est. (Auch diese Stelle nämlich beschränkt sich ursprünglich gewiß nicht auf die diplomata vacualia, sondern ist erst von den Compilatoren auf die Tradition umgedeutet.)

190) Varro de re rust. 2., 10. in horum (servorum) emtione solet accedere peculium, aut, si excipiet, stipulatio intercedere, sanum eum esse, furtis noxisque solutum, aut, si mancipio non datur, dupla promitti, aut si ita pacti simpla. Man darf nämlich die Worte si mancipio non datur nicht mit Huschke, Nexum S. 201. Note 318. für ein Stück der Stipulation nehmen, die wir aus Urkunden (Spangenberg tab. neg. 1822. p. 261.) kennen. Es sind Worte Varro's, in welchen die Voraussetzungen, nicht die Formel der stipulatio duplae, angegeben werden.

die Qualität des Bodens in bestimmter Richtung garantirt hatte. Von der letztern spricht Julian (Note 182.) sogar ganz in denselben Ausdrücken, in welchen Paulus des falschen Maßes gedenkt.

Die Wirkung der Infitiation in Ansehung des Ackermaßes denkt sich Huschke[191]) als eine eigentliche Litiscrescenz.

Dafür könnte mit einigem Schein angeführt werden, daß Paulus die actio de modo agri unter die Klagen stellt, welche, wenn der Beklagte im Prozeß läugnet, verdoppelt werden (S. 298. 418.) und unmittelbar darauf die Unzulässigkeit des Vergleichs in den Litiscrescenzfällen vorträgt.

Dieser Schein ist aber gewiß erst durch Weglassung der Zwischensätze entstanden, denn die eigenen Ausdrücke des Paulus in der zweiten oben angeführten Stelle beweisen, daß er unter diesem de modo mentiri oder infitiari durchaus nicht erst das gerichtliche Abläugnen des Versprechens eines bestimmten Ackermaßes oder der Verkürzung versteht. Sondern schon in der Distraction eines Maßes, welches nachher nicht geliefert wird, schon in der falschen Lex Mancipii, durch welche der Verkäufer vor einer das Volk vorstellenden feierlichen Versammlung den Käufer und den öffentlichen Glauben zu verletzen sich nicht entblödet, ist die Infitiation enthalten. Wie aber diese Infitiation keine förmliche gerichtliche Verneinung, sondern nur einen materiellen Betrug mit

191) Huschke, Zeitschrift 13., S. 272. 275.

falschem Maße enthält, so ist die actio de modo agri als Strafe dieses Treubruchs eine von vorn herein auf das Doppelte gerichtete, nicht erst durch Abläugnung auf diesen Betrag anwachsende Klage.

Dieß ist nicht nur den Quellen [192]), sondern auch der Natur der Sache vollkommen gemäß. Denn warum sollte der Verkäufer, welcher statt der versprochenen zwölf nur zehn Morgen abgeliefert hat, wegen der Differenz nicht mit dem Käufer transigiren, oder umgekehrt den Mehrbetrag condiciren können? Etwa, weil er als Judicatus gilt? Das ist nirgends gesagt.

Ist aber die actio de modo agri keine Klage, welche durch Abläugnung vor Gericht verdoppelt wird, so fällt auch das diesen Fällen eigenthümliche Verfahren hier weg.

Dieses Verfahren soll bei unserer Klage nach Huschke [193]) folgende Gestalt gehabt haben. Der Verkäufer, sagt er, sey vor den Prätor gerufen; habe er hier die Verkürzung einbekannt, so sey ein arbiter liti aestimandae gegeben worden, der ihn in den einfachen Betrag

192) Die Interpretatio erklärt das mentiri de modo agri einfach für eine Circumscription: de modo agri, cum a venditore emtor fuerit circumscriptus, ut minus inveniatur, quam probatur scriptum. In derselben Bedeutung kommen die Ausdrücke infitiari, infitiator, infitiatio in folgenden Stellen vor: Cicero pro Flacc. 20. nolite existimare non unam et eandem omnibus in locis esse fraudatorum et infitiatorum impudentiam. Seneca de ira 2., 9. circumscriptiones, furta, fraudes, infitiationes. de benef. 3., 17. tristis ac sollicitus, qualis esse infitiator ac fraudulentus solet. Prudent. psych. 630. fidei fraus infitiatrix.

193) Huschke, Recht des Nexum S. 177.

verurtheilte. Läugnete er, so wurde zuerst der Werth des Minderbetrags richterlich festgestellt und dann eine Klage auf das Doppelte dieses Werthes gegeben. Daher sage Paulus (Num. 2.) ausdrücklich: aestimatione facta convenitur, nicht condemnatur oder aestimatione facienda convenitur, wie es doch heißen müsse, wenn der Richter auf gewöhnliche Weise im Hauptprozeß nach vorheriger eigener Abschätzung condemnirt hätte.

Allein wie wenig diese Ausdrücke zu urgiren sind, beweist die willkürliche Abwechselung zwischen non tenetur, cessat, conveniri non potest, die anderswo bei demselben Schriftsteller vorkommt [194]), zumal es dem Juristen weit ferner lag, mit dem Worte facta das Verfahren anzudeuten, als durch den Zusatz officio iudicis an die materiellen Schätzungsregeln zu erinnern, nach denen der Arbiter in der actio emti bei Ermittelung des Simplum zu verfahren hat, welches in der actio de modo agri verdoppelt wird.

Das Resultat des Vorstehenden läßt sich in den einfachen Satz zusammenfassen: daß die actio de modo agri kein Litiscrescenzfall ist.

XIII. Actio Auctoritatis.

Die andere Klage aus dem Kauf, in welcher die Verdoppelung durch Abläugnen behauptet worden ist, bezieht sich auf die Eviction.

---

194) Paulus 2., 31. §. 31. 37.

Für diese haftet der Verkäufer aus jedem Kauf auf das Einfache mit der actio emti. Eine strengere Verpflichtung aber tritt ein, wenn er in der Lex Mancipii oder, seit der schriftlichen Abfassung der Mancipationsacte, in dem instrumentum auctoritatis die Eigenthumsübertragung (mancipio dari) und Servitutenfreiheit eines Grundstücks (praedium liberum, optimum maximum) versprochen hat. In diesem Fall tritt nicht das gewöhnliche Recht des Kaufes, sondern das altitalische Auctoritäts- und Usucapionsrecht der Mancipi Res ein.

Die Grundzüge dieses Rechts, welche hier wenigstens angedeutet werden müssen, sind folgende.

Der Käufer, welcher sich vom Verkäufer in Ansehung des zugesagten Eigenthums und der versprochenen Servitutenfreiheit getäuscht sieht, muß seinen Auctor von dem Anspruch des Dritten benachrichtigen, sonst verliert er die Regreßklage, denn der Auctor hätte ihm durch seinen Beistand den Prozeß vielleicht gewinnen helfen, und kann daher einwenden, daß der Käufer, indem er diesen Beistand anzurufen unterließ, das ungünstige Urtheil selbst verschuldet habe. Dieser Einwand des Auctors gegen die Regreßklage des Käufers ist jedoch nur statthaft, wenn der Auctor anwesend war und die Litis-Denunciation entgegen nahm; der abwesende Auctor, oder der anwesende, welcher sich der Denunciation entzog, hat den Einwand fehlender auctoris laudatio nicht [195]).

---

195) L. 55. §. 1. de evict. (21., 2.) (Ulpian.) Praesenti autem venditori denunciandum est: sive autem absit, sive prae-

Den anwesenden Auctor befragt der Käufer vor Gericht, ob er sich zur Autorschaft bekenne [196]). Das Eingeständniß derselben überhebt den Käufer späterhin des Beweises in der Regreßklage, während im Fall der Verneinung der Auctor erst durch das instrumentum auctoritatis seiner Autorschaft überführt werden muß, worauf er dann freilich mit der Einrede schlechter Prozeßführung des Käufers nicht weiter gehört wird.

Aus der Mancipii Promissio ist der Käufer zunächst zur Defension verpflichtet [197]). Diese besteht entweder in förmlicher Uebernahme des Judiciums als Defensor an des Beklagten Stelle, oder in unförmlicher Assistenz im Prozesse zwischen dem Vindicanten und dem Käufer [198]).

---

sens sit, et per eum fiat quo minus denuntietur, committetur stipulatio (sc. duplae). L. 56. §. 4—7. eodem. (Paulus.)

196) Cicero pro Caec. c. 19. est actio in auctorem praesentem QVANDOQVIDEM TE IN IVRE CONSPICIO. hac actione Appius ille Caecus uti non posset, si tam vere homines verba consectarentur, ut rem, cuius causa verba sunt, non considerarent. Valerius Probus: Q. I. I. T. C. P. A. F. A. = Quando in iure te conspicio, postulo, an fuas auctor. Entweder pflegt man diese „actio" für die Frage des Vindicanten an den miterschienenen Auctor des Beklagten, oder für die Regreßklage des Beklagten gegen seinen Auctor zu halten. (Puchta, Cursus II., §. 173. n.* 1846.) Sie ist aber vielmehr die Litisdenunciation des Legisactionenprozesses.

197) L. 74. §. 2. de evict. (21., 2.) (Hermog.) Mota quaestione interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest. L. 75. de proc. (3., 3.)

198) L. 21. §. 2. L. 63. §. 1. de evict. (21., 2.). — Die Weigerung der Defension heißt auctoritatem defugere: Plau-

Wird aber dem vindicirenden Kläger das Eigenthum oder Jus am Grundstück zuerkannt, so klagt der unterliegende Käufer aus der Mancipii Promissio, oder Nexi Obligatio, oder Contractus Auctoritatis [199]) — denn diese Ausdrücke sind nur verschiedene Bezeichnungen derselben Sache [200]) — gegen den lügenhaften Auctor, der ihn betrog, auf das Doppelte mit der actio auctoritatis. Dieser trägt also, vorausgesetzt, daß er seiner Auctorschaft geständig oder überführt ist, das Periculum des Evictionsprozesses, oder, wie man nach Analogie der Culpa sich auszudrücken pflegt, er prästirt die Eviction.

Plautus, Persa 4., 3. 55. ac suo periculo is emat, qui eam mercabitur: mancipio neque promittet neque quisquam dabit.

Huschke [201]) versteht dieses mancipio promittere von einer Stipulation, daß dem Käufer die Sache mancipirt, wo nicht, das Doppelte auf den Evictionsfall gegeben werden solle. Dieß würde eher durch duplam

---

tus Poen. I., 1. 17. Terent. Eunuch. 2., 3. 38. Cicero pro Sulla 1. L. 39. de evict. (21., 2.) L. 85. §. 5. L. 139. §. 1. de V. S. (50., 16.)

199) Paul. V. 10. de contrahenda auctoritate. Der Inhalt zeigt, daß diese Titelüberschrift auf das ius parietum (Cic. top. 4. de or. 1., 39.) bei aedes venditae zu beziehen ist.

200) Cic. de harusp. resp. c. 7. multae sunt domus in hac urbe P. C. atque haud scio an paene cunctae iure optimo, sed tamen iure privato, iure hereditario, iure auctoritatis, iure mancipi, iure nexi. nego esse ullam domum aliam aeque privato iure atque optima lege publico vero omni praecipuo et humano et divino iure munitam. Ueber den ager optima lege privatus vgl. Lex Thoria c. 12. Cic. adv. Rull. 2., 11.

201) Huschke, Nexum 172. Note 258.

promittere bezeichnet worden seyn. Mancipio promittere kann nur eine Promissio durch Nuncupation seyn.

Cicero pro Muraena c. 2. quodsi in iis rebus repetendis, quae mancipii sunt, is periculum iudicii praestare debet, qui se nexu obligavit, profecto etiam rectius in iudicio consulis designati is potissimum consul qui consulem designavit, auctor beneficii populi romani defensorque periculi esse debet.

Paul. sent. 2., 17. 3. Res emta, mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplotenus obligatur.

Der denunciirte Auctor kann, wie bemerkt, nicht entgegnen, daß der Käufer den Evictionsprozeß durch eigene Nachlässigkeit verloren habe. Denn entweder assistirte er ihm, dann haben seine eigenen Vertheidigungsmittel sich unzulänglich erwiesen, da ungeachtet derselben dem Successor dieß Recht abgestritten wurde; oder er erschien nicht, dann hat er nur über seine eigene Nachlässigkeit zu klagen.

Eine Ausnahme macht indeß ein Einwand: die Usucapion. Der Auctor kann dem Käufer in der Regreßklage entgegen halten, daß er sich im Evictionsprozesse auf Ersitzung hätte berufen können. Denn zu diesem Vertheidigungsmittel brauchte er den Auctor nicht, den Einwand der Usucapion verleiht ihm das Gesetz [202]), kannte er

202) Cicero pro Caecina c. 26. Quid enim refert aedes aut fundum relictum a patre aut aliqua ratione habere bene partum, si incertum sit quae cum omnia tua iure mancipii

dieses nicht, so befand er sich in einem Rechtsirrthum, der beim Erwerb des Eigenthums nicht verziehen wird (Note 50.). Selbst schon die verschuldete Unmöglichkeit der Usucapion kann dem Käufer vom Auctor entgegen gehalten werden [203]).

Wir lernen diese Einrede erst aus Rechtsquellen der spätesten Zeit kennen, die sie in ihrer letzten beschränkten Anwendung aufheben. Diese Anwendung betraf die Stadt Constantinopel, welche italisches Recht und daher italisches Auctoritäts- und Usucapionsrecht an den Grundstücken der italischen Colonie und andern Mancipi Res bis in die letzte Zeit bewahrt hatte.

Daher erklärt sich auch der Name: annalis exceptio italici contractus. Der italische Contract nämlich, aus dem diese Einrede entspringt, ist der contractus nexi, mancipii, auctoritatis über italische Grundstücke, ihre

---

sint ea possisne retinere — si quae decentissime descripta a maioribus iura finium, possessionum, aquarum itinerumque sunt, haec perturbari — commutarique possunt. — Fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus: aquaeductus, haustus, iter actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur. Vgl. auch Horat. ep. 2., 2. 159. quaedam, si credis consultis, mancipat usus.

203) L. 56. §. 3. de evict. (21., 2.) Si cum posset usucapere emtor non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur. unde si evictus est servus, non tenetur venditor. Anders, wenn das Recht die Usucapion ausschließt, wie die zwölf Tafeln bei gestohlenen Sachen, oder wenn der Käufer oder der Evincent Peregrine war. In diesen Fällen erklärt es auch die Gewährspflicht für immerwährend (aeterna auctoritas esto). Gell. 17., 7. Gaius 2., 45.

Rechte und Accessionen. Eine exceptio ist die Einrede formell erst nach späterm Prozeßrecht, im ältern Recht, dem die Exceptionen fremd waren, wurde sie ohne Zweifel in Form einer Präjudicialsponsion verhandelt. Materiell aber war sie von jeher eine exceptio und zwar eine exceptio legis[204]) (XII tabularum VSVS AVCTORITAS FVNDI BIENNIVM CETERARVM RERVM ANNVS ESTO) gegen die actio auctoritatis aus dem Nexum, welche, wenn die Gewähr in der Lex Mancipii nicht bloß auf Zeit übernommen ward, perpetua war. Annalis endlich heißt sie nicht ihrer Dauer wegen, denn Einreden sind unverjährbar, sondern nach der Dauer des Besitzes oder Nichtgebrauchs, von dem sie entlehnt wird. Jener betrug bei beweglichen Mancipi Res ein Jahr, bei Grundstücken zwei Jahre. Der Nichtgebrauch aber, durch welchen der Käufer die Servitutenklage des Evincenten ausschließen kann, muß bei regelmäßigen Prädialservituten zwei Jahre, bei intermittirenden — wie dem Recht, alle fünf Jahre einmal in den Wald zu gehen, um Holz zu fällen, und bei dieser Gelegenheit das Grundstück des Käufers zur Ueberfahrt zu benutzen — fünf, nach Manchen sogar zehn Jahre gedauert haben[205]).

Im Justinianischen Recht bedeutet das italische Recht

---

204) Gaius 4., 121. L. 3. de exc. 44., 1.

205) L. 1. pr. C. de annali exceptione italici contractus tollenda (7., 40.) spatium annale quidam ita effuse interpretabantur, ut possit usque ad decennium extendi, alii — usque ad quinquennium standum esse putaverunt. Vgl. L. 14. pr. C. de serv. (3., 34.).

bloß noch die Steuerfreiheit gewisser Städte. Das andere Stück desselben, das alte Mancipations-, Nexus-, Usucapions- und Auctoritätsrecht, mit einem Wort, das ius civile des römischen Bodens in den altitalischen Bundesstaaten und Colonien [206]) war eine nicht länger zu ertragende Anomalie, die Justinian aufhob [207]).

Seitdem kann sich der mit der actio emti in Anspruch genommene Verkäufer nur noch darauf berufen, daß der Käufer die im Justinianischen Recht anerkannten Verjährungen gegen den Evincenten geltend zu machen versäumt habe [208]).

---

206) Cicero pro Flacco c. 32. habeant (ista praedia) ius civile, sint nec ne sint mancipi. Gaius 2., 27. nexum italici soli proprium ius esse. Frontin. 36., 3. (Lachm.) stipendiarios qui nexum non habent neque possidendo ab alio quaeri possunt.

207) L. un. C. de usuc. transf. (7., 31.) in italici soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem ita et usucapionem transformandam esse censemus. — Cum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae nexu vel quocunque modo (bona fide tamen) detentae, usucapionem extendebant non tantum in italico solo sed in omni orbe terrarum et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus corrigendam.

208) L. 19. C. de evict. (8., 45.) (Diocl. et Max.) Si obligata praedia venum dedisti et longi temporis praescriptione solita emptores se tueri possunt: evictionis periculum timere non potes. — Eine abweichende Erklärung der exceptio italici contractus giebt Huschke, Recht des Nexum S. 187. Er hält sie für eine prätorische einjährige Verjährungseinrede gegen die Klagen aus allen Contracten oder Quasicontracten, die unter römischen Bürgern und in Italien abgeschlossen waren. Dieser Erklärung, deren Ausführung freilich einer eigenen Abhandlung vor-

Die Usucapion von einem und zwei Jahren und der zweijährige Nichtgebrauch minderte demnach die Gewährspflicht des Auctors. Aehnliche Erleichterungen traten für die Bürgen des Auctors ein.

Dieses Verhältnisses wird in folgender merkwürdigen Stelle gedacht:

> Cicero ad Att. V. 1. de satisdando vero te rogo, quoad eris Romae, tu ut satisdes et sunt aliquot satisdationes secundum mancipium vel Memmianorum praediorum vel Atilianorum.

Schon Cujacius (obs. 10., 4.) hat erkannt, daß die hier erwähnte satisdatio secundum mancipium praediorum nichts Anderes seyn kann, als eine Bürgenstellung für die obligatio auctoritatis aus dem Nexum und Mancipium eines italischen Grundstücks.

Der italische Contract überträgt nämlich, wenn der Mancipant Eigenthümer ist, dieses Eigenthum durch Mancipium auf den Käufer, wenn er es nicht ist, so verpflichtet er ihn durch das Nexum zur Auctoritas, also zunächst zur Defension, und wenn diese fruchtlos bleibt, zur Entschädigung des Käufers durch das Doppelte [209].

---

behalten wird, scheint jedoch der unverkennbare Zusammenhang der Einrede mit der Usucapion und dem Nichtgebrauch (Note 203. und 205.) entgegen zu stehen.

209) Paul. sent. 2., 17. 1. Venditor (nämlich einer res mancipi), si eius rei, quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto, auctoritatis manebit obnoxius. aliter (sc. atque pretio accepto) enim non potest obligari.

Das Nexum aber ist eine Verborum Obligatio, daher konnten die Bürgen des Auctors Sponsoren oder Fidepromissoren seyn und waren es unter römischen Bürgern in der Regel; denn die Erwähnungen der Fidejussoren in den Quellen sind entweder interpolirt, oder die Bürgen waren Peregrinen, oder die Obligation war consensu eingegangen [210]).

Der Sponsor war eben so wie der Auctor selbst zur Defension des Käufers im Evictionsprozesse verpflichtet, der Käufer hielt sich also augenblicklich an ihn, wenn der Auctor die Vertheidigung verweigerte. Daraus erklärt sich der vulgäre Name des Bürgen: auctor secundus, und die Persönlichkeit des Verhältnisses, wodurch sich die Sponsion von der dem Kreditauftrag verwandtern Fidejussion unterscheidet: der Sponsor ist gleich dem Adstipulator und Vindex im Legisactionenprozeß eine Art von Surrogat für den Procurator [211]).

Seit der Lex Furia über den Sponsus nun wurde der Sponsor und Fideipromissor, dessen Verpflichtung aus dem Nexum bis dahin so lange gedauert hatte als die Hauptobligation, für welche er intercedirte, nach Ablauf von zwei Jahren frei [212]).

---

210) L. 7. 8. 11. 18. 31. C. de evict. (8., 45.).

211) Gaius 3., 120. 4., 113. adstipulatoris heres non habet actionem et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur. Boeth. ad top. 2. p. 291. Orelli. Vindex igitur est, qui alterius causam suscipit vindicandam, veluti quos nunc procuratores vocamus.

212) Gaius 3., 121. L. 29. C. (rest.) de fideiuss. (8., 41.).

Schon Huschke[213]) bringt diesen merkwürdigen Satz mit der ein- und zweijährigen Verjährung der actio auctoritatis in Verbindung, welche in dem Zwölftafelgesetz VSVS AVCTORITAS FVNDI BIENNIVM CETERARVM RERVM ANNVS ESTO angeordnet war und in späterer Zeit in der Prozeßform einer exceptio italici contractus gegen die obligatio perpetua aus dem Nexum geltend gemacht wurde. Allein er denkt sich diese Verjährung der obligatio auctoritatis bloß als das Vorbild für die ähnliche Verjährung der actio ex sponsu vel fidepromissione aus der Lex Furia. Zugleich dehnt er dieses Verjährungsrecht auf jeden Sponsus, ja mittelbar auf jeden Contract oder Quasicontract unter römischen Bürgern in Italien aus.

Wir besitzen jedoch ein unverwerfliches Zeugniß, welches einer so weiten Ausdehnung der Lex Furia direct entgegen steht.

Cicero hatte sich in Rom für den Q. Cornificius durch Sponsus obligirt. Der Fall betraf eine Staatspachtung, Cornificius hatte dafür durch Grundstücke und Prädes Sicherheit bestellen müssen. Einer dieser Consponsoren ist Cicero. Als Atticus wegen dieser Bürgschaft angegangen wurde, waren fünfundzwanzig Jahre verflossen. Hätte sich die Lex Furia nun auf jeden Sponsus bezogen, so würde Cicero längst liberirt gewesen seyn und gewiß nicht unterlassen haben, sich auf dieses Gesetz zu berufen. Statt dessen verläßt er sich auf die Solvenz des Hauptschuldners und die Ehrenhaftigkeit des

213) Huschke, Recht des Nexum S. 186.

Apulejus, eines bekannten Prädiator, der für die dem Staat verpfändeten Grundstücke des Cornificius schon so viel zahlen werde, daß die Forderung gedeckt und die Sponsoren gar nicht belästigt würden [214]). Atticus möge deßhalb mit den Procuratoren des Cornificius und dem Prädiator Apulejus sprechen.

Diese Erzählung nöthigt uns, das biennium der Lex Furia auf engere Gränzen zurückzuführen, was auch der allgemeinen und unbestimmt gehaltenen Angabe des Gaius keineswegs zuwider ist.

Diese engeren Gränzen nun finde ich (um Cicero's Ausdruck beizubehalten) in der satisdatio secundum mancipium praediorum italicorum, aus welcher sich auch erst der zweijährige Zeitraum [215]), die Beschränkung der Lex Furia auf Italien und die Weglassung dieser Begünstigung der Bürgen im Justinianischen Recht vollständig erklärt.

Mit andern Worten: die Lex Furia gab dem Spon-

---

214) Cicero ad Att. 12., 14. quod scribis a Iunio te appellatum, omnino Cornificius locuples est. sed tamen scire velim quando dicar spopondisse et pro patre anne pro filio. neque eo minus ut scribis, procuratores et Apuleium praediatorem videbis. 12., 17. quod pro Cornificio me abhinc annis XXV spopondisse dicit Flavius, etsi reus locuples est et Apuleius praediator liberalis, tamen velim des operam ut investiges ex consponsorum tabulis sitne ita. Mihi enim ante aedilitatem meum nihil erat cum Cornificio. Ueber den Begriff des Prädiator: Gai. 2., 61. qui mercatur a populo (rem populo obligatam) praediator appellatur.

215) Gaius 3., 121. item sponsor et fidepromissor (per) legem Furiam biennio liberantur — versteht sich in den von der Lex Furia näher angegebenen Fällen.

sor und Fidepromissor, also dem auctor secundus bei der Mancipation eines italischen Grundstücks die exceptio italici contractus, welche ursprünglich nur dem wirklichen auctor zustand, indem die zwölf Tafeln nur die Auctoritas Fundi auf ein biennium beschränkt wissen wollen.

Man darf übrigens nicht glauben, daß bei dem Verkauf italischer Grundstücke die Bürgenstellung regelmäßig vorgekommen wäre. Manche Stellen gedenken ihrer zwar in sehr allgemeinen Ausdrücken [216]), indeß belehrt uns ein wichtiges Zeugniß des Varro, daß sie, wenigstens in einem Punkte, durch die leges praediorum ausgeschlossen zu werden pflegte.

> Varro de lingua lat. VI., 74. sponsor et praes et vas neque idem, neque res a quibus hi, sed e re simile — Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat. Consuetudo erat, quom reus esset parum idoneus inceptis rebus ut pro se alium daret. A quo caveri postea lege coeptum ab his, qui praedia venderent, vades ne darent; ab eo scribi coeptum in lege mancipiorum: VADEM NE POSCERENT NEC DABITVR.

Vas heißt der Bürge, welchen der Beklagte entweder vor der Obrigkeit (ni eo die finiverit negotium) oder vor dem Judex (inceptis rebus) zu stellen hat, damit der Kläger ihn entlasse. Daher auch der Name.

216) L. 41. §. 2. de evictionibus (21., 2.). L. 45. de fideiuss. (46., 3.).

Einen solchen Bürgen hat der Auctor im Evictionsprozesse zu stellen, denn er ist Defensor des Käufers in einer in rem actio und kein Defensor gilt ohne Satisdation als idoneus. Nur wenn ihn der Beklagte zum Cognitor ernennt, muß der Dominus selbst, nicht der Cognitor, caviren. Die Caution geht auf quanti res est. Ohne diese Satisdation gilt die Defension des Auctors nicht als zulänglich und er kann deßhalb mit der actio auctoritatis auf das Doppelte belangt werden [217]). Dagegen hat der Auctor in der actio auctoritatis dem Käufer nur das gewöhnliche Vadimonium purum zu leisten, da weder er selbst zu den verdächtigen Personen, noch der Evictionsanspruch zu den Gattungen von Klagen gehört, wegen deren Satisdation gefordert werden könnte [218]). Nur wenn der Verkäufer sein ganzes Grundvermögen verkaufte, galt er nach ältestem Recht, da er nicht mehr Assiduus war, als parum idoneus. Da nun in dieser Beziehung der Zeitpunkt der Caution der entscheidende ist [219]), so mußte der Auctor auch aus diesem Grunde durch obigen Vorbehalt in der Lex Prädii sich vorher sicher zu stellen suchen.

Auch das ädilitische Edict, welches bei dem Verkauf von Sclaven die Dupla wegen Eviction zu promittiren be-

217) Gaius 4., 89. 90. 101.

218) Gaius 4., 102.

219) L. 15. §. 7. qui satisd. (2., 8.). Possessor autem quis nec ne fuerit tempus cautionis spectandum est. nam sicut ei, qui post cautionem possessionem vendidit, nihil obest: ita nec prodest ei, qui post cautionem possidere coepit.

fahl[220]), verlangte daher wegen Zahlung dieses Doppelten keinen Bürgen, sondern eine einfache Repromission[221]).

Vorstehendes sollte zur Vorbereitung auf die Frage dienen, zu deren Beantwortung ich jetzt übergehe: ob die Actio Auctoritatis aus der Mancipation und dem Nexum einer Mancipi Res zu den Litiscrescenzfällen gehört oder nicht?

Huschke's[222]) Ansicht geht auch hier wie bei der vorigen Klage, der actio de modo agri, dahin, daß der Anspruch an sich auf das Einfache beschränkt war und erst gegen den Läugnenden auf das Doppelte erhöht ward. Um jedoch den Schwierigkeiten der richterlichen Aestimation auszuweichen, sey es von jeher üblich gewesen, gleich von vorn herein in der Lex Mancipii das Doppelte zu nuncupiren. Insofern habe der Fall praktisch zu denen gehört, in welchen von Anfang an das Doppelte geschuldet wurde. Daher hätten ihn auch die römischen Juristen nicht unter die causae, ex quibus

220) L. 31. §. 20. de aed. ed. (21., 1.) L. 37. §. 1. de evict. (21., 2.)

221) L. 4. de evict. (21., 2.) (Ulpian.) illud quaeritur, an is, qui mancipium vendidit, debeat fideiussorem ob evictionem dare quem vulgo auctorem secundum vocant. et est relatum non debere, nisi hoc nominatim actum est. L. 37. pr. L. 56. pr. eod. — non tamen ut vulgus opinatur etiam satisdare debet qui duplam promittit: sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit (z. B. L. 72. de contr. emt. 18., 1.). Der juristische Begriff des auctor secundus war der des auctor auctoris. Plaut. Trin. 1., 2. 180. — exquiratur usque ab stirpe auctoritas.

222) Huschke, Recht des Nexum S. 188.

lis infitiando in duplum crescit gestellt. Erst bei der Materie hätten sie bemerkt, daß die actio auctoritatis an sich zwar nur auf das Einfache gehe, gegen den Läugnenden aber nach dem Zwölftafelgesetz CVM NEXVM FACIET auf das Doppelte wachse und zwar auf das Doppelte des Kaufpreises, oder, wenn eine Dupla nuncupirt war, dieser Dupla, so daß sie das Einfache bis zum Vierfachen zum Gegenstand haben könne. So erkläre sich der eigenthümliche Ausdruck des Paulus: auctoritatis venditor duplo tenus statt in duplum obligatur. Denn möglicher Weise könne sich die Klage auf das Einfache beschränken und wiederum dürfe sich der Käufer nicht über das Doppelte durch Nuncupation ausbedingen, da das gesetzliche Maaß des Interesse nach altem Civilrecht überall das alterum tantum zu seyn pflegte. Aus dieser Gewißheit der Schuld in ihrem Grunde und Gegenstande folge aber wieder die Unmöglichkeit des Vergleichs und die Ausschließung der condictio indebiti. — Sogar das vadimonium cum satisdatione weiß Huschke (S. 196—198.) aus dieser Ansicht zu erklären. Die Actio Auctoritatis, sagt er, entspringt aus dem Nexum, die Klage aus dem Nexum war die Manus Injectio pro iudicato, mithin mußte der Beklagte propter genus actionis eine Satisdation auf quanti res est stellen. Seit der Lex Valeria oder Aebutia hörte dieß auf, die Ausschließung durch die Clausel vadem ne poscito nec dabitur erhielt sich aber darum noch lange, weil man im gemeinen Leben fortwährend annahm, bei der duplae stipulatio müsse ohne sie Bürgschaft gestellt werden.

Ich bin weit entfernt, den Aufwand von Scharfsinn und Gelehrsamkeit zu verkennen, welcher zur Begründung dieser Ansicht aufgeboten ist. Dennoch glaube ich ihr entschieden entgegen treten zu müssen.

Vor Allem vermisse ich den Beweis, daß die actio auctoritatis von Haus aus nur auf das Einfache ging. Huschke hat dafür zwar ein Fragment aus Javolenus angeführt, in welchem die Klage auf die Simpla, welche nicht stipulirt sey und der actio emti entgegengesetzt werde, die actio auctoritatis bedeuten soll. Dieses Fragment ist:

> L. 60. de evict. (21., 2.) Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex emto actionis hoc quod interest.

Da jedoch die aus dem Geschäft hervorgehende Klage als eine ex emto actio bezeichnet wird, so kann Venditio nicht die Mancipation und das Nexum, sondern nur die consensu obligatio aus dem Kauf bedeuten. Mithin werden nicht sowohl die actio emti und auctoritatis, als vielmehr die verschiedenen mit derselben actio emti geltend zu machenden Ansprüche auf das Kaufgeld und das sonstige Interesse einander entgegengesetzt [223]).

---

223) Vgl. L. 6. C. de evict. (8., 45.) (Alexander.) non dubitatur et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex emto competere actionem.

Eben so wenig ist dargethan, daß das Doppelte erst nach gerichtlicher Abläugnung der Schuld eintrat. Die im Zwölftafelgesetz CVM NEXVM FACIET erwähnte Institiation darf dafür nicht angeführt werden. Darunter ist kein gerichtliches Läugnen, sondern ein Nichthalten der feierlichen Zusage der Gewähr gemeint. Daher trifft die Strafe des Doppelten den Verkäufer auch dann, wenn er die Autorschaft einräumt. Sie ist keine poena temere litigantium, sondern eine poena perfidiae für den Bruch der publica fides, welchen der Verkäufer begeht, indem er eine öffentlich und feierlich vor fingirter Bürgerversammlung gegebene Zusage nicht erfüllt oder sich daselbst Rechte beimißt, die er nicht hat, und Verpflichtungen übernimmt, die er nicht erfüllen kann. Die Schätzung auf das Doppelte ist der altgesetzliche Maßstab, den das Zwölftafelrecht auch in andern Fällen besonders strafwürdiger Treulosigkeit, namentlich bei dem Depositum und der Tutel in der actio rationibus distrahendis angenommen hat. Man wollte damit die Unwahrhaftigkeit des Verkäufers bestrafen, den Käufer für Verluste und Prozeßkosten entschädigen und willkürlichen Schätzungen des Richters von vorn herein gesetzliche Gränzen setzen. Alles dieses beschränkt sich jedoch auf wichtige und werthvolle Sachen: quod diximus duplam promitti oportere, sagt Ulpian, non ex omni re accipiamus sed de his rebus quae pretiosiores essent: si margarita forte aut ornamenta pretiosa aut vestis serica vel quid aliud non contemptibile veniat. Per edictum autem curulium etiam de servo cavere ven-

ditor iubetur [224]). Zwar ist dieß nur von der stipulatio duplae gesagt, diese aber stimmt materiell mit dem alten Recht der Auctoritas vollkommen überein, wie sie denn auch geradezu stipulatio auctoritatis benannt wird.

Eine Bestätigung unserer Ansicht, daß die actio auctoritatis nicht zu den Klagen gehört, in welchen lis infitiatione in duplum crescit, enthält die Zulassung der condictio indebiti. Diese finde ich ausgesprochen in

L. 26. §. 7. de cond. indeb. (12., 6.) (Ulp.) Adeo autem perpetua exceptio parit condictionem, ut Iulianus scripserit, si emtor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit, posse eum fundum condicere.

Auf den ersten Blick könnte schon in dem Damnationslegat ein Grund zur Ausschließung der Condiction zu liegen scheinen. Allein dieses Hinderniß findet deßhalb keine Beachtung, weil der Gegenstand der Damnation ein liberare, also ein Incertum ist, in welchem Falle keine Litiscrescenz eintritt. Es bliebe also nur die actio auctoritatis übrig. Huschke [225]) sucht sich durch die Annahme zu helfen, daß nexus venditi hier nicht die Verpflichtung zur Evictionsleistung bedeuten könne, die erst mit der Tradition eintrat, sondern die Eigenthumsübertragung überhaupt, wozu auch die Tradition gehört. Allein er selbst nimmt mit Recht an, daß nexus venditi hier im Sinne Ulpian's und Julian's nicht

224) L. 37. §. 1. de evict. (21., 2.)
225) Huschke, Recht des Nexum S. 190. Note 291.

die obligatio venditi, sondern auctoritatis aus der Mancipation bezeichne. Aus dieser ist der Verkäufer unmittelbar zur Mancipii Datio und Traditio verpflichtet, und die Erfüllung dieser Verpflichtung ist eine solutio ex causa auctoritatis oder nexi. Wäre nun diese Causa ein Litiscrescenzfall, so würde der Verkäufer bei unverschuldeter Zahlung nicht condiciren können. Nun soll er aber nicht bloß den tradirten Besitz, sondern das Eigenthum, welches er durch Mancipation übertrug (fundum), mit der condictio triticaria ex causa indebiti zurückfordern. Mithin kann die obligatio nexi nicht zu den causae gehören, in denen die Verpflichtung durch gerichtliches Abläugnen auf das Doppelte erhöht wird.

Eine weitere Bestätigung dieser Ansicht liegt in der Möglichkeit des Vergleichs.

> L. 74. pr. de evict. (21., 2.) (Hermogenian.)
> Si plus vel minus quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari convenerit, placitum custodiendum est.

Diese Stelle auf die actio emti oder duplae oder einen Nachlaßvertrag zu beschränken, wie Huschke[226]) will, scheint mit der ganz allgemeinen Fassung, welche der donationis causa gar nicht gedenkt, nicht vereinbar.

Es versteht sich, daß nach dem Vorstehenden auch ein executorisches Verfahren mit Manus Injectio aus der actio auctoritatis nicht angenommen werden kann. Es mußte vielmehr, wie aus jeder Nexi Obligatio ohne

---

226) Huschke a. a. O. S. 190. Note 292.

Damnation, erst im ordentlichen Prozesse auf das Doppelte geklagt werden, wenn nicht ein Geständniß des Auctors das Verfahren abkürzte. Die Abschneidung der Vertheidigung, z. B. der Berufung auf iniuria iudicis oder unterlassene Litisdenunciation, hätte eine zu große und durch Nichts zu rechtfertigende Härte gegen den Auctor enthalten. — Damit fällt zugleich die besondere Stellung des Aestimationsverfahrens, welche nach Huschke eintrat, wenn es erst einer richterlichen Schätzung bedurfte, wie viel von dem Kaufpreise auf das Evincirte zu rechnen sey, weil etwa eine Servitut, oder ein Nießbrauch, oder ein reeller Theil eines nicht morgenweise verkauften Grundstücks evincirt ist. In diesen Fällen nämlich soll der Prozeß mit einem arbitrium litis aestimandae begonnen haben und erst nach den dreißig Rechtstagen seit der richterlichen Aestimation die actio auctoritatis durch Manus Injectio erhoben worden seyn. Dieß schließt Huschke [227]) aus der Analogie des Formelverfahrens, wofür er sich auf

> L. 1. de evict. (21., 2.) cum pars evincatur — pro indiviso, regressum habet pro quantitate evictae partis. quodsi certus locus sit evictus — pro bonitate loci erit regressus — quid *enim, si,* quod fuit in agro pretiosissimum hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? Aestimabitur loci qualitas et sic erit regressus.

beruft. Allein die Worte et sic, welche Huschke un-

227) Huschke a. a. O. S. 192.

girt, sollen nur die Aestimation nach der Qualität der Schätzung nach der Quantität entgegensetzen, nicht aber das successive Verhältniß des Aestimationsverfahrens zu der actio auctoritatis bemerklich machen[228]). Dieß hat Huschke wohl nur deßhalb übersehen, weil er auch im Schlußsatz der Stelle quantitas liest, während alle Handschriften und Ausgaben qualitas haben. Wir können demnach auch in der actio auctoritatis keine andere Stellung der Litis Aestimatio annehmen, als die gewöhnliche nach der Pronuntiatio, oder im Formularprozeß vor der Condemnation, welcher dann nach dem üblichen tempus iudicati das ordentliche Executionsverfahren nachfolgte.

XIV. Wandlungsklage.

Es bleibt noch die letzte Klage aus dem Kauf zu betrachten, für welche man Litiscrescenz behauptet hat.

Das Edict der curulischen Aedilen verpflichtet den Verkäufer eines Sclaven, dem Käufer gewisse Mängel anzuzeigen und wegen Abwesenheit derselben das Doppelte des Kaufpreises (duplam pecuniam, qua mercatus est) zu versprechen[229]).

Insbesondere soll der Verkäufer erklären, ob der verkaufte Sclav mit geistigen und körperlichen Krankheiten oder Gebrechen behaftet, ob er Versuche zur Flucht oder

---

228) L. 45. (Alfreus) und 64. de evict. 21., 2. (Papinian.) giebt über das Materielle der Schätzung die genauern Regeln. Das prozessualische Verhältniß beschäftigt die römischen Juristen nicht.

229) L. 31. de evict. (21., 2.)

ine totale Auflösung des Geschäfts abzweckt[234]), so hat uch der Verkäufer Kaufpreis und Accessionen heraus-uzahlen, oder die dafür Verpflichteten ihrer Verbindlich-.iten zu entheben[235]).

Geschieht dieses gutwillig, so erfolgt die Verurthei-ng des Verkäufers auf das Einfache (quanti res erit), nn das alterum tantum liegt eben in dem freiwillig rückgegebenen Kaufpreise. Im entgegengesetzten Fall if das Doppelte des Kaufpreises, der Zinsen oder Ac-sionen, es wäre denn, daß der Verkäufer die Zurück-hme des Sclaven verweigerte, unter welcher Voraus-zung er auch nur das Einfache leistet, da das alte-im tantum durch den Sclaven gedeckt ist, welchen der äufer behält[236]).

L. 45. eodem. (Gaius lib. 1. ad ed. aed. cur.) Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum modo in simplum condemnatur venditor: nam si neque pretium neque accessionem solvat, neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem, vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli.

L. 29. §. 2. eodem. (Ulp. lib. 1. ad ed. aed.

234) L. 23. §. 7. eodem — iudicium redhibitoriae actio- utrumque id est venditorem et emtorem quodammodo in egrum restituere debere.

235) L. 25. §. 9. L. 29. §. 1. eodem.

236) L. 31. pr. eodem.

cur.) Condemnatio autem fit quanti ea res erit. Ergo excedat pretium an non videamus. Et quidem continet condemnatio pretium accessionesque. An et usuras pretii consequatur? — et placet consecuturum.

Insofern die Klage eine Condemnatio auf das Doppelte enthält, ist sie pönal, da sie jedoch aus einem Rechtsgeschäft kommt, so geht sie gegen den Herrn oder Vater auf das Peculium und kann auch gegen die Erben des Verkäufers gebraucht werden [237]).

Die Verurtheilung auf das Doppelte setzt voraus, daß der Verkäufer die Verpflichtung zur Wiederabnahme des Sclaven bestreitet. Erkennt er die Redhibitionspflicht durch Zurücknahme des Sclaven thatsächlich an, so wird die Redhibitionsfrage gar nicht weiter erörtert, sondern unter Angabe dieser Thatsachen eine in factum actio auf den Kaufpreis sammt Accessionen gegeben [238]).

In einem andern Abschnitt des ädilitischen Edicts wird von dem Verkauf der iumenta, d. h. der altitalischen Hausthiere, welche zum Tragen, im Gegensatz der armenta, welche zum Pflügen dienen [239]), gehandelt.

---

237) L. 23. §. 4. 5. eodem.

238) L. 31. §. 17. eodem. iniquum est enim, posteaquam venditor agnovit, recipiendo mancipium, esse id in causa redhibitionis, quaeri utrum debuerit redhiberi —.

239) L. 65. §. 5. de legatis 3. (32.) iumentis legatis boves non continentur. L. 89. de V. S. (50., 16.). Boves magis armentorum quam iumentorum generis appellantur. L. 2. §. 2. ad legem Aquil. (9., 2.) elefanti autem et cameli quasi mixti sunt, nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est.

Der Verkäufer soll Fehler und Krankheiten anzeigen und die Ornamente, welche dem Thier des bessern Verkaufs wegen angelegt waren, mit überliefern. Auf Herausgabe des Schmucks oder Aufhebung des Handels wegen nicht gelieferter Ornamente kann bloß in zwei Monaten geklagt werden. Wegen der Krankheiten und Fehler dagegen verjährt die Wandlungsklage erst in sechs, die ästimatorische Klage auf Abschätzung und verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises sogar erst in Jahresfrist [240]).

Eine Schlußclausel dieses Abschnitts dehnt die Bestimmungen über die iumenta, so weit dieselben die Gesundheit betreffen, auf alles übrige einheimische Vieh aus, welches heerdenweise gehalten wird [241]).

240) L. 38. pr. §. 1. de aed. ed. (21., 1.) (Ulpianus libro 2. ad edictum aedilium curulium.)

241) L. 38. §. 5. eodem. elogium huic edicto subiectum est, cuius verba haec sunt QVAE DE IVMENTORVM SANITATE DIXIMVS DE CETERO QVOQVE PECORE OMNI VENDITORES FACIVNTO. §. 6. unde desiit dubitari an hoc edicto boves quoque contineantur. etenim iumentorum appellatione non contineri eos verius est: sed pecoris appellatione continebuntur. Gellius 4., 2. sues — feminas, si steriles essent et venum issent, ex edicto aedilium posse agi Labeonem scripsisse. L. 2. §. 2. ad legem Aquil. (9., 2.) sed an sues pecudum appellatione contineantur quaeritur. Et recte Labeoni placet contineri. sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiae in eo numero non sunt, veluti ursi, leones, pantherae. L. 65. §. 4. de leg. 3. (32.) pecoribus legatis, Cassius scripsit, quadrupedes contineri quae gregatim pascuntur. et sues autem pecorum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur. Hiernach ist der unbestimmte Ausdruck de omni animali L. 48. §. 6. de aed. ed. (21., 1.) zu restringiren.

Bei den Verkäufen anderer werthloser Sachen ist weder eine Stipulation des Doppelten vorgeschrieben, noch ein Anspruch auf Redhibition begründet: simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio in usu est.

Das in vorstehenden Umrissen angedeutete ädilitische Redhibitionsrecht nun wird von Huschke[242]) ebenfalls zu den materiellen Litiscrescenzfällen gerechnet, und bedarf daher in dieser Beziehung noch einer genauern Prüfung.

Im Allgemeinen denkt sich Huschke die ädilitische Redhibition als eine Fortbildung des altcivilen Auctoritätsrechts. Im Fall wirklicher Eviction, sagt er, haftete der auctor confessus bloß auf das Einfache, während der infitiatus auf das Doppelte verurtheilt wurde. Ganz dieselben Grundsätze stellten die curulischen Aedilen in ihrem Edicte auf. Der Verkäufer hatte die Wahl, gutwillig zurückzunehmen, oder es auf den Prozeß, die redhibitorische Klage, ankommen zu lassen. Nahm er freiwillig zurück, so lag hierin eine Confessio, daher wurde der Verkäufer nicht gestraft, sondern bloß eine auf das Factum der erfolgten Rücknahme gegründete Klage auf einfache Erstattung des Kaufpreises gegeben. Bestritt hingegen der Verkäufer die Voraussetzungen der Aufhebung, so kam es zur Redhibitoria auf das Doppelte des gezahlten Haupt- und Nebenkaufgeldes. Insofern gehörte das Redhibitionsrecht materiell mit zu den durch Infitiation verdoppelten Klagen.

Indeß räumt Huschke nicht nur ein, daß die rö-

242) Huschke, Nexum S. 209—212.

mischen Juristen die Redhibitoria nicht zu den herkömmlichen Fällen der Verdoppelung durch Infitiation gerechnet, sondern sogar, daß sie wohl daran gethan haben, sie nicht dahin zu stellen. Denn theils komme es hier nicht auf das gerichtliche Geständniß an, da vielmehr wirklich redhibirt seyn müsse, theils könne die Redhibition auch außergerichtlich geschehen, abgesehen davon, daß von einer eigentlichen Schuld und einem Certum in diesem Falle gar nicht die Rede sey. Daher finde denn auch das eigenthümliche Recht jener Fälle, die Ausschließung der Condiction und des Vergleichs, auf die ädilitischen Klagen keine Anwendung.

In der That kann man mit solchen Restrictionen Huschke's Ansicht unbedenklich einräumen. Denn so aufgefaßt gehört die Redhibitoria mit nicht größerem Recht unter die Klagen, welche durch Infitiation auf das Doppelte wachsen, als die Klage gegen die Publicanen (Note 3.), welche bei freiwilliger Restitution ganz vermieden, wenn der Beklagte es zum Prozeß kommen läßt, auf das Doppelte gegeben wird.

XV. Depositum.

Die Beizählung dieses Falls zu den causae, quae infitiatione duplantur hat drei Veranlassungen.

Früher gründete man sie auf das Verzeichniß der Litiscrescenzfälle im Paulus (S. 298.), wo man depensi in depositi verwandelte. Seitdem die depensi actio durch Gaius näher bekannt geworden, ist diese Verwechselung für immer unmöglich geworden.

Alsdann fand man in den Institutionen die aquilische und in gewissen Fällen die Klage aus dem Depositum (interdum depositi) zu denen gerechnet, welche durch Abläugnen verdoppelt werden, während die furti nec manifesti und servi corrupti actio von vorn herein auf das Doppelte gegeben werde [243]). Allein jene Litiscrescenz der actio depositi strict zu nehmen, davon muß schon eine andere Stelle desselben Institutionentitels abhalten, nach welcher die actio depositi zur Nothzeit von Haus aus auf das Doppelte concipirt wird.

§. 17. I. de act. (4., 6.) plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum sit: in duplum actionem praetor reddit: si modo cum ipso, apud quem depositum est, aut cum herede eius de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.

Die Richtigkeit dieser letztern genauern Angabe wird überdieß bestätigt durch die Worte des prätorischen Edicts selber, welche in den Pandekten vollständig erhalten sind.

L. 1. §. 1. Depos. (16., 3.) QVOD NEQVE TVMVLTVS NEQVE INCENDII NEQVE RVINAE NEQVE NAVFRAGII CAVSA DEPOSITVM SIT IN SIMPLVM, EX EARVM AVTEM RERVM QVAE SVPRA COMPREHENSAE SVNT, IN IPSVM IN DVPLVM, IN HEREDEM EIVS, QVOD DOLO MALO EIVS FACTVM ESSE DICETVR QVI MOR-

243) Vgl. oben S. 6. und dazu: L. 5. §. 2. de servo corrupto (11., 3.) (Ulpian.) haec actio etiam adversus fatentem in duplum est, quamvis Aquilia infitiantem duntaxat coerceat.

TVVS SIT, IN SIMPLVM QVOD IPSIVS IN DVPLVM IVDICIVM DABO.

Es geht hieraus hervor, daß infitiari in der zuerst angeführten allgemeinen Aufzählung der Institutionen nur in der Bedeutung arglistig verweigerter Herausgabe eines anvertrauten Gutes genommen seyn kann, eine Bedeutung, welche sogar beim Depositum häufiger ist, als die specielle technische des Abläugnens vor Gericht [244]). Insofern nun die Verurtheilung nur erfolgt, wenn der Depositar nicht noch bis zum Endurtheil restituirt, kann man sagen, der Prozeß wachse erst durch die Infitiation auf das Doppelte, was bei dem Furtum nie der Fall ist, und auf diesen Unterschied von der actio furti nec manifesti und servi corrupti war es bei jener Zusammenstellung in den Institutionen allein abgesehen. Dieß ergiebt sich auch aus der unmittelbar folgenden Zusammenstellung der actio quod metus causa und der actio furti manifesti, welche nach demselben Princip unterschieden werden, indem in jener die Verurtheilung in das

244) Iuvenal. 13., 60. si depositum non infitietur amicus. Quinctilian. declam. 245. infitiari est depositum nolle solvere. L. 67. pr. de furtis (47., 2.) (Celsus.) infitiando depositum nemo facit furtum, nec enim furtum est ipsa infitiatio licet prope furtum sit. Sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. L. 13. depositi (16., 3.) (Paul.) si quis infitiatus sit non adversus dominum sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret, — nihil dolo malo facit — postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo facere, si reddere eam non vult. L. 1. §. 2. depositi (16., 3.) qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita si intercipiendi causa occultaverit.

Vierfache erst Folge beharrlicher Verweigerung ausgabe des abgepreßten Guts ist, während f actio furti durch Restitution nicht abgewende kann[245]). Dagegen lag die Unterscheidung depositi von den Klagen, die durch bloß wörtl neinung in iure auf das Doppelte wachsen, g im Plane der Institutionenverfasser. Nichts f her unrichtiger seyn, als wenn Manche aus der tutionen herleiten wollen, daß auch bei dem Dep in der Noth Condiction und Vergleich wegfalle u Infitiation bloß in einer gerichtlichen wörtlichen neinung des Empfangs bestehe.

Endlich wird in einer aus Paulus Sentenzen nommenen Stelle der Collatio selbst bei dem gewöl chen Depositum eine Klage der zwölf Tafeln auf Doppelte erwähnt.

> Collatio 10., 7. §. 11. = Paul. sent. 12., 11. ex causa depositi lege duodecim ta bularum in duplum actio datur, edicto praeto ris in simplum.

Man hat diese Klage auf das Doppelte mit dem Zwölfstafelgesetz CVM NEXVM FACIET und seiner Infitia tionsstrafe des Doppelten in Verbindung gebracht. Das

245) §. 27. I. de act. (4., 6.) item actio de eo quod metus causa factum sit a ceteris de quibus simul locuti sumus eo differt, quod eius natura tacite continetur, ut qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in ceteris casibus non est ita: sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur, quod est et in furti manifesti actione.

Depositum, meint Sell[246]), sey im ältesten Recht vor fünf Volkszeugen durch Nexum und Mancipation geschlossen; wer die so verabredete Rückgabe verweigerte, hätte das Doppelte zahlen müssen. Diese Weise zu deponiren hatte indeß den Mißstand, daß der Deponent sein Eigenthum einbüßte und demgemäß von einem dritten Besitzer nicht vindiciren konnte. Daher erklärte später der Prätor die Uebertragung des Eigenthums für überflüssig und gab eine Klage auf Rückgabe ohne Fiducia. So weit diese Ansicht.

Mir scheinen derselben folgende Gründe entgegen zu stehen.

Vor Allem geht sie von einer Identität zweier Geschäfte aus, welche ihrem juristischen Zweck und Gegenstande nach völlig verschieden sind[247]), des Depositum und der Freundesfiducia.

Zweitens müßte die prätorische Klage auf das Doppelte nach ihr der Civilklage entsprechen; sie beschränkt sich aber auf das Depositum in der Noth.

Drittens nimmt sie das Doppelte des Edicts und der zwölf Tafeln für gleichbedeutend, während dort, wie wir nach Analogie der Dupla beim Kauf und der actio rationibus distrahendis[248]) schließen dürfen, der Sachwerth, hier das volle Interesse verdoppelt wird.

---

246) Sell §. 9., nach Puchta, Lehrb. für Institutionenvorlesungen (1829) S. XXXVI. XXXVII.

247) Gaius 2., 60. verglichen mit 4., 47. Huschke, Zeitschrift 14., S. 229 f.

248) L. 1. §. 20. L. 2. §. 2. de tutelae (27., 3.). Rudorff, Recht der Vormundschaft 3., §. 171. Note 1.

Endlich müßte nach dieser Ansicht die Civilklage durch die prätorische verdrängt seyn. Allein offenbar bestanden beide neben einander, wie die actio rationibus distrahendis neben der actio tutelae fortdauerte.

Das Richtige ist, die Depositalklage der zwölf Tafeln dem Gesetz CVM NEXVM FACIET und seiner Infitiationsstrafe nicht unterzuordnen, sondern zu coordiniren. Die Absicht des Gesetzes war, in gewissen besonders bedenklichen Fällen die Verletzung von Treu' und Glauben härter zu ahnden. Als solche Fälle betrachtete man von jeher die Abläugnung anvertrauten Gutes, die Unterschlagung von Mündelgut, die Unwahrhaftigkeit vor offener Volksversammlung oder ihren Repräsentanten [249]). Die Ahndung bestand in der Aestimation auf das Doppelte des Kaufpreises oder Sachwerthes.

Demnach ist auch diese Zwölftafelklage kein eigentlicher Litiscrescenzfall, in welchem das gerichtliche Läugnen Versagung der Condiction und Unmöglichkeit des Vergleichs zur Folge hätte, sondern eine Klage, die von Anfang an auf das Doppelte geht.

Mit noch weniger Schein als die verweigerte Rückgabe deponirter Sachen wird von einigen Neuern die grundlose Retention vermietheter oder ohne rechtliche Ver-

249) Cic. pro Rosc. com. c. 6. si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt: fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum et nefarium est, fidem frangere quae continet vitam et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit et socium fallere, qui se in negotio coniunxit.

pflichtung des Gebers (precario) überlassener Sachen den Verdoppelungsfällen beigezählt. Denn die Quellen schließen die hier eintretende Verpflichtung zum alterum tantum nicht den Infitiations-, sondern den Invasionsstrafen an. Auch ist es nicht die Verneinung, sondern die faktische Verweigerung der Herausgabe bis zum Endurtheil, was die Zahlung der Aestimation neben der Restitution der Sache zur Folge hat [250]).

XVI. Princip der Litiscrescenz.

Erst jetzt, nach vollständiger Erklärung aller Verdoppelungsfälle und nach Absonderung der unächten von den ächten, ist es möglich, die oben (Num. II. am Ende) ausgesetzte Frage nach dem Grundgedanken des Litiscrescenzrechts wieder aufzunehmen.

Die bisherigen Versuche, sie zu beantworten, sind folgende.

Huschke [251]) führt sämmtliche Verdoppelungsfälle auf das Judicat und die Geschäfte mit Aes und Libra zurück. Das Zwölftafelgesetz CVM NEXVM FACIET MANCIPIVMQVE VTI LINGVA NVNCVPASSIT ITA IVS ESTO ent-

250) L. 34. C. de locato (4., 65.). (Zeno.) Conductores alienarum rerum seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint, non solum rem locatam sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur. (484.) Ausführlicher in L. 10. C. unde vi (8., 4.).

251) Huschke, Zeitschrift 13., S. 263.

halte nach Cicero's Bericht die ausdrückliche Bestimmung, daß die Abläugnung des in dieser Form Erklärten die Strafe des Doppelten nach sich ziehen solle. Die Anwendung auf die actio de modo agri sey von selbst klar, da man sich die Zusicherung des Maßes beim Kauf und der Mancipation geschehen denken müsse. Das Damnationslegat sey erst mit dem Mancipationstestament aufgekommen und Inhalt der Nuncupation gewesen, durch welche die Nebenbestimmungen der familiae mancipatio bekräftigt wurden. Das Judicat aber und die Geschäfte mit Aes und Libra kämen in zwei Punkten überein. Vor Allem darin, daß sie einen civilrechtlichen publicistischen Grund hätten und folglich gleichsam eine öffentliche Schuld seyen. Denn das Judicat beruhe auf dem vom Staat gesetzlich constituirten und öffentlich gehegten Gericht, das Gestum durch Erz und Wage sey ein ursprünglich in einer Volksversammlung vorgenommener gesetzlicher Act. Zweitens betreffe die Verpflichtung dem Umfang nach ein Certum; wo ein Incertum geleistet werde, z. B. ein verkauftes Thier mit Fehlern behaftet sey, da werde keine Litiscrescenz erwähnt. Wenn nun eine Schuld nach beiden Seiten, nach ihrem Entstehungsgrunde, der in etwas Oeffentlichem liege, und ihrem bestimmten Gegenstande unzweifelhaft gewiß sey, so verdiene die Unverschämtheit des Läugnenden eine Strafe und zwar die des Doppelten, da dem Gläubiger seine unzweifelhafte Forderung zerstört und wieder ungewiß gemacht werde. Diese Strafe des Doppelten sey in der That für alle Fälle vorgeschrieben durch die Lex Aquilia, welche, wie das

zweite Kapitel bezeuge, eine durchgreifende Gesetzgebung gegen Schadenszufügungen beabsichtigte.

Der historische Theil dieser Ansicht ist schon oben (Num. X.) bei dem aquilischen Recht berührt worden. In der Auffassung des Princips aber vermisse ich das wesentliche Moment der Damnation, dessen Mangel auch bereits in einzelnen Anwendungen gerügt worden ist, und mit dessen Aufgeben wir jede Möglichkeit der Unterscheidung zwischen den ächten und unächten Fällen der Litiscrescenz verlieren. An die Stelle dieses Moments tritt freilich bei Huschke das Certum, die Gewißheit im Gegenstande. Allein dieß vermag jene Lücke nicht zu ersetzen. Die Unterscheidung zwischen Certum und Incertum tritt erst in der Lex Silia und Calpurnia, nicht schon in den zwölf Tafeln hervor, die Infitiation einer bestimmten Geldschuld hat eine Succumbenzstrafe von $33\frac{1}{3}$ Prozent, nicht von 100 Prozent, zur Folge; das Judicat, dessen Verneinung wirklich mit einer Litis Duplatio geahndet wird, geht im Litisactionenprozeß nicht auf eine bestimmte Geldsumme, sondern auf das ursprüngliche, also oft unbestimmte Klagobject. Das von Huschke aufgestellte Princip der absoluten Gewißheit in Grund und Inhalt (Ob und Was) reicht also noch nicht aus, um das Litiscrescenzrecht zu erklären. Nach ihm würde auch die Abläugnung der Fiducia einer bestimmten Sache die Strafe der Verdoppelung nach sich ziehen, was zwar neuerdings behauptet, aber, wenn dieses Doppelte Strafe des Läugnens seyn soll, zuverlässig falsch ist, wiewohl nicht, wie Huschke glaubt, weil die Fiducienklage auf

ein Incertum geht, sondern weil der Anspruch nicht executorisch ist.

Einen andern Weg schlägt Sell[252]) ein. Er nimmt an, die Lex Aquilia habe die Regeln des Judicats auf die übrigen Verdoppelungsfälle übertragen, mit Ausnahme des Depensum, dessen Nachbildung auf der Lex Publilia beruhe.

Abgesehen von dem unrichtigen historischen Elemente dieser Auffassung, von welchem ebenfalls unter Num. X. gehandelt worden ist, ist hier über dem Moment der Gleichheit die innere Verschiedenheit des Urtheils und der Nachbildungen desselben in den Hintergrund geschoben. Die Infitiation des Urtheils, welche ein Rechtsmittel ist, wird mit der negativen Litiscontestation der übrigen Fälle identificirt und für beide gemeinsame Regeln aufgestellt. Die Ausschließung der Condiction, durch deren Erklärung in die ganze Deduction erst Zusammenhang gebracht seyn würde, ist als ein für sich bestehendes Institut behandelt und zur besondern Ausführung verwiesen.

Mir scheint zum Verständniß der Litiscrescenz eine weit engere Anknüpfung an die Regeln des altrömischen Prozesses vom Urtheil und der Richtigkeitsbeschwerde und eine schärfere Unterscheidung zwischen dem Urtheilsrecht und seinen Nachbildungen nothwendig.

Wenn der Prozeß durch das Urtheil entschieden ist, so hat der Sieger, um zu seinem Ziel, der Execution, zu gelangen, nur noch das Stadium der Litis Aestimatio

252) Sell, §. 12. 13. S. 45—50.

zu durchlaufen, die ein Liquidationsverfahren, kein Judicium ist. Eine andere Entscheidung, als die im Urtheil gegebene, ist selbst im Wege des Vergleichs nicht mehr möglich. Einer Wiederholung des Rechtsstreits, selbst unter der Form der condictio indebiti, steht die auctoritas rei iudicatae entgegen. Nur ein Rechtsmittel gegen das Urtheil kann den errungenen Sieg wieder zweifelhaft machen, denn das Scheinurtheil kann cassirt werden und der unentschiedene Rechtsstreit beginnt von Neuem. Damit dieses Rechtsmittel nicht gemißbraucht werde, trifft den zum zweiten Mal unterliegenden Beklagten die Strafe abermaliger Verurtheilung, er kann also das Urtheil revociren, aber nur auf das Doppelte. Dieß geschieht durch die sententiae in duplum revocatio als Nichtigkeitsbeschwerde der pars fugiens, deren Frustrationen mehr zu fürchten sind, als die des Klägers, welchen schon die Gewißheit des erlangten, wenn auch unvollständigen Erfolgs abhalten wird, das zweifelhafte Spiel des Prozesses auf diesem Wege abermals zu versuchen.

Indem nun eine Lex publica oder privata dieses natürliche Urtheilsrecht auf gewisse Klagen künstlich überträgt, nimmt dasselbe unvermerkt einen andern Charakter an, wie ja auch der Executiv- oder Mandatsprozeß aus einem notariellen Instrumentum confessatum und guarentigiatum ein anderer ist, als das Executionsverfahren aus dem richterlichen Urtheil, obgleich ursprünglich in beiden Fällen nur executivisch verfahren, nur auf gleiche Weise mit der Execution vorgegangen werden sollte.

Wenn nämlich ein Gesetz, wie die Lex Aquilia, oder ein executorischer Privatact, wie die Aes et Librasollemnität mit condemnatorischer Clausel —, in welcher das altrömische Geschäftsleben ein dem romanischen Notariat ähnliches Institut besaß —, eine Klage ohne vorhergehende Untersuchung und Beweisführung von vorn herein für judicatmäßig erklärt, kann es ohne die entschiedenste Ungerechtigkeit, ja, ohne Widerspruch mit sich selbst, die nachfolgende Vertheidigung nicht ausschließen. Die Abschneidung aller Vertheidigung würde nicht mehr eine Uebertragung der Grundsätze des Urtheils genannt werden können, denn dem Urtheil muß ja die vollständigste Allegation und Beweisführung vorangegangen seyn.

Will also das Gesetz nicht ganz in den gewöhnlichen Prozeßgang einlenken, in welchem Fall die Damnation nur eine bedeutungslose Prozeßeröffnung enthalten würde, so muß es darauf Bedacht nehmen, den nachträglichen Verhandlungen engere Gränzen zu setzen.

Dieß geschieht dadurch, daß das Gesetz die Beschwerung des Klägers mit einer Beweislast, dem lästigsten und zeitraubendsten Theil des Verfahrens, zu verhüten sucht.

Der Beklagte hat zwischen fateri und infiteri [253]), bekennen oder verläugnen, zwischen der Antwort: schuldig oder nicht schuldig, zu wählen. Geht er den Läugnungsweg (infitias) [254]), so trifft ihn, wenn er über-

253) Paulus ex Festo s. v. infiteri non fateri, infitiari creditum fraudare. Glossar. Labbaei infitentes ἀρνούμενοι.

254) Von dem veralteten Zeitwort infiteri ist das defective

führt wird, die Strafe des Doppelten, während im ordentlichen Prozeß der Vindicationen und Condictionen der Beklagte, selbst als infitiator, mit einfacher Verurtheilung abkommt, abgesehen von dem Sacramentum, den Sponsionen und doppelten Früchten, die in gewissen Fällen im alten Prozeß zu leisten waren.

Darin aber liegt ein mächtiges Compelle, den Weg der Confessio einzuschlagen [255]), zumal durch die Versagung der condictio indebiti gesorgt ist, daß nicht in einem Separatum eine gefahrlose Abläugnung des Debitum vorbehalten bleibe.

Aber nicht jede Vertheidigung läßt sich auf die einfachen Gegensätze von confiteri und infitiari zurückführen; es giebt Uebergänge und Mittelglieder zwischen beiden. Wie sind diese zu behandeln?

Vor Allem haben die **Einreden** einen zweideutigen Charakter.

Die ächten Exceptionen bekämpfen den Erfolg der Klage wegen Collision mit einem Gegenrecht, die unächten enthalten eine Verneinung des gegenwärtig bestehenden Rechtsverhältnisses, während sie seine Geschichte bejahen. Die Römer setzen beide unter dem Namen der

---

Hauptwort infitiae (wie vindiciae, und — wie **Huschke**, Zeitschrift 13., 212. Note 17. scharfsinnig bemerkt hat — rupitiae), gebildet, wovon sich nur der Accusativ infitias ire (wie exsequias, suppetias ire — L. 44. §. 4. fam. herc. 10., 2. (**Paulus**) ad infitias ire) — erhalten hat, von welchem dann wieder das neuere Zeitwort infitiari ausgegangen ist.

255) Nov. 18. c. 8.

Defensio der Infitiatio entgegen [256]), und verschonen den unterliegenden Beklagten mit der Strafe des Doppelten. Der Grund ist, weil er, obwohl den Prozeß aufhaltend, dem Kläger die Beweislast nicht aufbürdet, die ihn ja in beiden Fällen selber trifft [257]).

In Anwendung auf die ächte Exceptio ist dieß in folgender Anwendung anerkannt. Wenn Jemand auf obrigkeitlichen Befehl ein fremdes Haus bei einer Feuersbrunst niederreißen läßt, und der Hauseigenthümer belangt ihn mit der Aquilia, so wird eine Exceptio quod incendii defendendi causa non fiat in die Formel gesetzt, welche die Verurtheilung verhindert, sobald der Befehl nachgewiesen wird. Ist es ohne Befehl geschehen, so wird zwar keine Exception gegeben, wenn aber das Feuer bis zu dem niedergerissenen Gebäude vordrang, so fehlt an einem Damnum, denn auch ohne daß es eingerissen wäre, würde es durch die Flammen zerstört seyn. Geschah dagegen früher Einhalt, so wird der Beklagte zwar verurtheilt, aber da er das Factum nicht läugnete, sondern sich nur durch den Nothstand vertheidigen wollte, wird die Confessoria gegeben und die Aestimation auf das Einfache beschränkt [258]).

256) Cicero in Verr. 2., 4. 47. or. part. c. 29. top. 24.

257) L. 23. §. 11. ad legem Aquiliam (9., 2.) remittere actori confessoriam ne necesse habeat docere eum occidisse. L. 4. C. de lege Aquil. (3., 35.) contra negantem si damnum per iniuriam dedisse probetur, dupli procedit condemnatio. Nov. 18. c. 8. *ὡς ἀναγκασθῆναι τὸν διώκοντα πράγματα ὑπομεῖναι περὶ τὴν σύςασιν αὐτῆς* (sc. *συγγραφῆς*) — — *καὶ συςαίη τοῦτο νομίμοις τρόποις ὁ διώκων* —.

258) L. 7. §. 4. quod vi (43., 24.).

Dasselbe gilt bei unächten Exceptionen, z. B. L. 44. §. 1. de leg. 2. (31.)

Alles dieses ist jedoch nur unter der Voraussetzung wahr, daß die Einreden oder Exceptionen neben einer Confessio, einer Einräumung des Klaggrundes, vorgetragen werden.

Läugnet dagegen der Beklagte den Klaggrund, so verliert er alle Einreden und Exceptionen schon deßhalb, weil er sonst durch deren Beweis der durch das Läugnen verwirkten Infitiationsstrafe noch entgehen würde, so daß den Kläger die Beweislast träfe, ohne daß er durch das Duplum der Verurtheilung entschädigt würde. Darauf bezieht sich ohne Zweifel die

L. 43. pr. de R. I. (50., 17.) (Ulpian.)

Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, **nisi lex impedit.**

Eine lex impediens der frühern Zeit ist die Aquilia, die der Jurist auch wohl zunächst im Sinne hatte; aus der spätern gehört hieher die an das frühere Litiscrescenzrecht anknüpfende Bestimmung **Justinian's**, daß der Beklagte, wenn er den Empfang des Geldes geläugnet und durch dessen Nachweis von Seiten des Klägers das Doppelte verwirkt hat, mit dem Einwand der Zahlung nicht weiter gehört werden soll[259]).

Das von den Einreden Gesagte gilt auch von dem

259) Nov. 18. c. 8. Wenn **Sell** S. 2. Num. 9. seiner Abhandlung diesen Verlust als eine selbstständige, von der Litiscrescenz unabhängige Strafe behandelt, so ist er im Widerspruch mit sich selbst. Vgl. S. 183. 184.

qualificirten Geständniß, vorausgesetzt 1) daß es eine partielle Verneinung enthält, 2) daß der Beklagte den Beweis der Beschränkung übernimmt. Denn unter dieser Voraussetzung nimmt es faktisch die Natur einer Einrede an. (Note 111.)

Ein anderer Zweifel betrifft die Eidesdelation an den Kläger.

Man könnte sie für ganz unstatthaft halten, da der Eid die Natur des Transacts hat, der ja über eine entschiedene Sache, also in den Fällen der Litiscrescenz, unmöglich ist. Allein es handelt sich um eine Eidesdelation in der Richtigkeitsinstanz oder dem der Damnation nachfolgenden Rechtsstreit. Diese ist völlig unbedenklich (Num. VI. am Ende), sie verschafft aber dem Kläger nur einen Anspruch auf das Einfache, nicht auf das Doppelte. Darauf geht die merkwürdige:

> L. 30. pr. de iureiur. (12., 2.). (Paulus.) Eum, qui iuravit, ex ea actione quae infitiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere Pedius ait: abunde enim sufficere exonerari petitorem probandi necessitate, cum omissa hac parte edicti dupli actio integra maneat, et potest dici hoc iudicio *non* principalem causam exerceri, sed iusiurandum actoris conservari.

Der Jurist führt für die Beschränkung auf das Einfache zwei Gründe an. Erstlich wird dem Delaten der Beweis erspart, und dieß ist, wie Pedius bemerkt, ein hinreichender Gewinn, den der Kläger durch den Eid er-

langt[260]). Zweitens — und dieß fügt Paulus hinzu — handelt es sich in der Eidesklage nur um die Einziehung der beschworenen Summe, die er ohne Beweis bekommt. Will er mehr, so bleibt ihm ja unbenommen, die Eidesklage fallen zu lassen und auf die Hauptklage zurückzugreifen, mit der er, freilich um den Preis der Beweisführung, das Doppelte immer noch erlangen kann. Bis hierher ist der Gedanke des Juristen klar. Bestritten aber ist die Frage: inwiefern der Kläger zu diesem Rückgriff befugt sey. Man hat drei Meinungen: 1) die ältere gestattet die ursprüngliche Klage unbedingt, auch nach ausgeschworenem Eide; 2) eine zweite nur vor der Annahme des angetragenen Eides, da die Annahme oder doch die Ableistung des Eides die ursprüngliche Klage zerstören würde[261]); einen Mittelweg schlägt Sell ein[262]): er läßt die alte Klage auch nach der Eidesleistung zu, aber nur dann, wenn der Beklagte den Eid läugnet, ohne den Klaggrund zuzugeben. So glaubt er

---

260) Sell §. 18. S. 180. nimmt an: Pedius beabsichtige nichts Geringeres, als das allgemeine Princip der Infitiationsstrafen aufzustellen: es genüge für den Beklagten, um der poena dupli zu entgehen, wenn er den Kläger von der Beweislast befreie. Allein Pedius spricht 1) nicht vom Gewinn des Beklagten, sondern des Klägers, 2) nicht allgemein, sondern von den besondern Vortheilen, welche der Kläger durch den Eidschwur zu erlangen hofft.

261) Ueber beide Meinungen vgl. Schulting-Smallenburg notae ad Dig. III. p. 57. Glück, Pand. VI. S. 187. XII. S. 238. Note 65. (der jedoch mit sich nicht einig werden kann). Sell S. 224—227.

262) Sell a. a. O. S. 227.

der Schwierigkeit der Consumtion zu entgehen. Allein dieser Mittelweg ist ganz unzulässig. Ist die alte Klage durch den Eid wirklich aufgehoben, so ist kein Rücktritt möglich: wenn ich eine Schuld aus der Vormundschaft novire und die Stipulation wird geläugnet, so kann ich nicht wieder tutelae, sondern ich muß ex stipulatu klagen. In Betreff der beiden andern Meinungen über die Frage, ob der Eid eine Consumtion enthalte, kommt es lediglich auf die Intention der Parteien an. Wenn sich der Kläger den Rücktritt zu der alten Klage vorbehält und der Deferent dieß geschehen läßt, so wird Niemand die Zulässigkeit desselben bezweifeln. Dieß aber ist anzunehmen bei dem Eide: daß der Kläger etwas zu fordern habe (aliquid sibi deberi), der Kläger will den beschworenen Theil durch den Eid in Sicherheit bringen, ohne auf die Möglichkeit zu verzichten, mittels eines freilich schwierigen Beweises auch das Uebrige zu retten.

Eine verwandte Natur, wie die Eidesdelation an den Kläger, hat die an den Beklagten.

Wenn der Kläger dem den Geldempfang oder seine Handschrift läugnenden Beklagten einen Eid zuschiebt, so zahlt dieser im Fall der Eidesweigerung nur das Einfache, denn er legt dadurch ein Geständniß seiner Schuld ab und der Kläger ist des Beweises überhoben.

Nur wenn der Kläger nicht unmittelbar nach der verneinenden Einlassung, sondern erst im fernern Verlauf des Prozesses nach vergeblich versuchter Beweisführung zur Eidesdelation greift, schien es billig, dem Beklagten auch noch die bis dahin aufgelaufenen Prozeßkosten

aufzulegen, da diese durch seine Verneinung verursacht wurden.

Eben so soll es gehalten werden, wenn der Kläger die vom Beklagten producirte Quittung ausgestellt, oder die darin als bezahlt bezeichnete Summe empfangen zu haben läugnet, der Beklagte ihm darüber den Eid deferirt und er diesen zu leisten Bedenken trägt. Er soll ebenfalls, wenn dieses Eingeständniß sofort erfolgt, mit dem Einfachen abkommen.

Aus allen diesen Anwendungen[263]) stellt sich folgender juristischer Begriff der Infitiation heraus.

Als Infitiation, welche das Doppelte nach sich zieht, gilt nur dasjenige Läugnen des Klaggrundes oder der Schuld, welches eine Beweisführung des Klägers zur Folge hat.

Dabei kommt es auf Calumnie des Beklagten überall nicht an: der Beklagte wird unter jener Voraussetzung schon für das temere litigare mit dem Doppelten gestraft[264]). Gegen das calumniae causa infitias ire ist der Kläger durch andere Rechtsinstitute gesichert[265]).

Die Strafe trifft den Defensor, z. B. den Vormund, welcher den Prozeß auf seinen Namen führte. Der Dominus erleidet sie nur, wenn er seinem Bevollmächtigten zur Abläugnung des Klaggrundes Auftrag gab. (Note 82.)

263) Nov. 18. c. 8.
264) §. 1. I. de poena temere litigantium (4, 26.).
265) Gai. 4., 171. 172.

XVII. Anwendung des römischen Rechts.

Der nun vollendeten Darstellung des römischen Litiscrescenzrechts mögen noch einige Bemerkungen über die Anwendung in der neuern Zeit nachgeschickt werden.

Der Verfall des Institutes beginnt auf dem Gebiet der Damnation, oder des römischen Executivprozesses, wenn der Ausdruck erlaubt ist, so früh, daß es hier schon zur Zeit der classischen Juristen in höchst fragmentarischer Gestalt erscheint. Nur im Urtheilsrecht hat sich ein vollständiger Zusammenhang der einzelnen Regeln erhalten.

Im Justinianischen Recht ist mit Aufhebung jener wohlthätigen Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde durch das Institut der sententiae in duplum revocatio auch dieser Zusammenhang gestört, und mit dem Wegfall des Depensum und des Damnationslegats, wie durch Hineinziehen der Abläugnung von Handschriften und Zahlungen die gemeinsame Beziehung der Litiscrescenzfälle auf die Condemnation ganz aufgegeben. Die Verdoppelung erscheint als innerlich principlose willkürliche Strafe des Abläugnens, von der man nur nicht begreift, warum sie nicht eben so gut in unzähligen andern Fällen angewendet wird.

Wenn es daher auch nicht gestattet ist, mit Manchen, z. B. dem seligen Glück[266]), „billig anzuneh-

---

266) Glück, Comm. Bd. 13. S. 95.

men, daß jetzt in einem solchen (Verdoppelungs-) Falle die condictio indebiti angestellt werden möge", so paßt doch der Ausdruck: die Condiction cessire in den Verdoppelungsfällen so wenig in das Justinianische Recht, als die ähnliche Regel für den Vergleich (S. 344.), welche die Compilatoren daher auch mit Recht gestrichen haben. Denn seitdem beim Judicat die Verdoppelung wegfällt und dennoch Vergleich und Condiction ausgeschlossen sind, während umgekehrt über die Aquilia und den Vermächtnissen an Stiftungen der Vergleich gültig ist, ungeachtet die Litiscrescenz fortdauert, seitdem ist es nicht einmal mehr wahr, daß diese Rechtssätze zusammentreffen, geschweige, daß sie innerlich zusammenhängen.

Ueber die Anwendung dieser isolirten Bestimmungen im gemeinen deutschen Recht ist man so weit einig, als sie die Ausschließung der condictio indebiti und die Verdoppelung der Vermächtnisse ad pias betrifft; über die Verdoppelung der Aquilia hingegen ist es nie zu einer übereinstimmenden Doctrin und Praxis gekommen. Auch das Läugnen der Schuldscheine und Quittungen ist nur particularrechtlich mit dem Doppelten gestraft worden[267]).

Die neuern Gesetzgebungen sind auch dem Vermächtniß ad pias viel zu abgeneigt, um den Uebergang von Vermögen in die todte Hand noch durch Läugnungsstrafen zu befördern.

---

267) Einige Nachweisungen sind gesammelt bei Sell §. 33. S. 245—251.

An eine Uebertragung der römischen Regeln auf den neuern Mandats- oder Executivprozeß hat schon wegen der unvollkommenen Einsicht in den innern Zusammenhang des römischen Rechts kein neuerer Jurist denken können.





